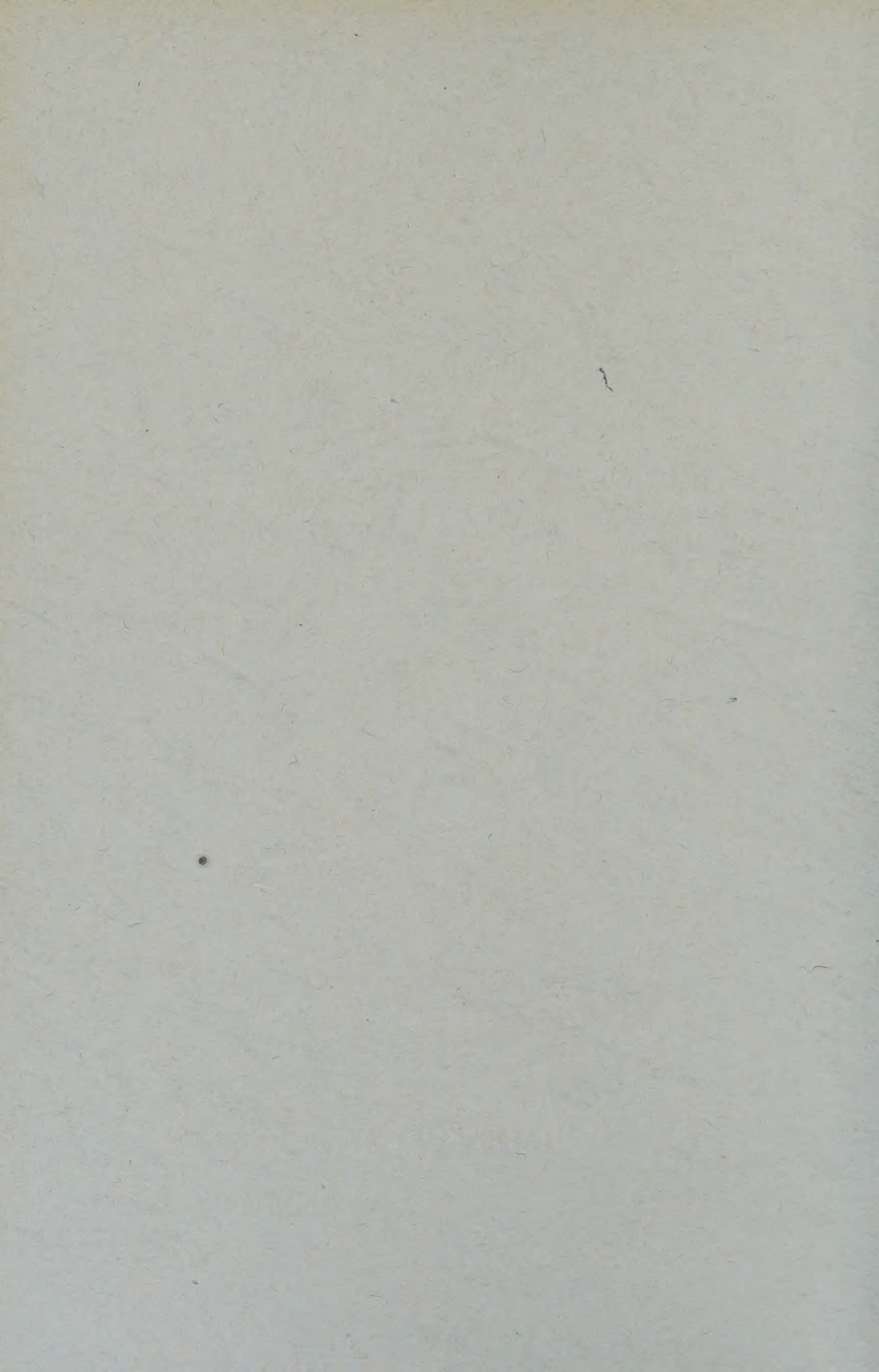


DIE VERDINGUNGSORDNUNGEN
UND DAS GESETZ GEGEN
WETTBEWERBSBESCHRÄNKUNGEN

HANS KURT MEES

1960



Die Verdingungsordnungen
und das
Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen

DISSERTATION

vorgelegt der Rechts- und Wirtschafts-
wissenschaftlichen Fakultät
der Johannes Gutenberg-Universität
in Mainz

Eingereicht
von Gerichtsreferendar
HANS-KURT MEES
aus Wiesbaden

1960

1. Berichterstatter:

Professor Dr. Horst Bartholomeyczik

2. Berichterstatter:

Professor Dr. Karl Schwantag



Tag der mündlichen Prüfung:

29. Juli 1960

Datum des Diploms 21. SEP. 1960.

INHALT

Einleitung

	Seite
1. Untersuchungsgegenstand	1
2. Der Gang der Arbeit	1
3. Der persönliche Anwendungsbereich der Verdingungsordnungen	2
4. Der sachliche Geltungsbereich	2
5. Umfang der Beschaffungen	2
6. Die behördeneigenwirtschaftliche Tätigkeit als Untersuchungsgegenstand	3

1. Kapitel: Die Verdingungsordnungen

1. Begriff und Inhalt der Verdingungsordnungen	5
2. Die Entstehungsgeschichte der Verdingungsordnungen	6
3. Rechtscharakter der Verdingungsordnungen	7
a) Die Rechtsnatur der Teile A	7
b) Die Rechtsnatur der Teile B	9

2. Kapitel: Die Verdingungskartelle in der Rechtsordnung

I. Die Behandlung der Verdingungskartelle	
1. Die Verdingungskartelle in den Verdingungsordnungen	12
2. Entstehungsgründe der Verdingungskartelle	12
3. Rechtsform der Verdingungskartelle	15
4. Die rechtliche Behandlung der Verdingungskartelle	16
II. Kartellvertrag und Einzelvertrag des Kartellmitglieds	
1. Einzelvertrag und GWB	17
2. Anwendung der §§ 134 und 138 BGB auf den Einzelvertrag	17
3. Anfechtung des Einzelvertrages wegen Teilnahme an einem Kartell	18
4. Schadensersatzansprüche gegen den Teilnehmer an einem Verdingungskartell	19
5. Die Verfolgung der verbotenen Preisabsprachen	21
6. Vergleich der allgemeinen Regelung mit der Regelung in den Verdingungsordnungen	21

3. Kapitel: Die Regelung der Vergabe öffentlicher Aufträge im öffentlichen oder privaten Recht

I. Die Bedeutung dieser Frage für das GWB	22
II. Die Vorschriften für die Beschaffungen der öffentlichen Hand	22
III. Stellungnahmen zur Beschaffungstätigkeit der öffentlichen Hand	
1. in der Rechtsprechung,	23
2. in der Literatur	23

	Seite
IV. Die Vergabe als Verwaltungstätigkeit und Einteilung der Verwaltungstätigkeit	25
V. Die Unterscheidung von öffentlichem und privatem Recht	
1. Möglichkeit der Unterscheidung	27
2. Die Subjektionstheorie	27
a) Kennzeichnung	27
b) Ausformung bei Bachof	28
c) Die Wandlung der Zivilrechtsauffassung und die Subjektionstheorie	28
Die Verdingungsordnungen nach der Subjektionstheorie	29
3. Die Verdingungsordnungen nach der Rechtsformentheorie	30
4. Die Interessentheorie und die Verdingungsordnungen	30
5. Ergebnis	31
VI. Leistungsverwaltung bei der Vergabe öffentlicher Aufträge	
1. Wesen des Staates als Leistungsträger	31
2. Die Verdingungsordnungen als Vorschriften für die Leistungsverwaltung	31
3. Die normativen Begünstigungen als Bestimmungen für die Leistungsverwaltung bei der Vergabe	32
VII. Die Auftragsvergabe als fiskalische Tätigkeit	
1. Der Fiskusbegriff	35
2. Der Fiskus in der Rechtsordnung	36
4. Kapitel: Der Unternehmensbegriff des GWB und die fiskalische Tätigkeit	
I. Bedeutung der Frage im GWB	38
II. Das Unternehmen in den Wirtschaftswissenschaften und in der Rechtswissenschaft	38
1. Das Unternehmen als Wirtschaftssubjekt	38
2. Der Unternehmensbegriff in der Rechtsordnung	39
a) Das Unternehmen als Gegenstand der Normen (gegenständlicher Unternehmensbegriff)	39
b) Das Unternehmen als Funktion in den Normen (funktionaler Unternehmensbegriff)	42
c) Bedeutung der Verwendung des funktionalen Unternehmensbegriffs im GWB	44
III. Der funktionale Unternehmensbegriff des GWB in seiner Beziehung zur fiskalischen Tätigkeit	
1. Die öffentlichen Unternehmen im GWB	44
2. Die Behandlung der Nachfrage im GWB	45

	Seite
3. Ermittlung des funktionalen Unternehmensbegriffs aus dem Wettbewerbsbegriff und seine Anwendung auf die fiskalische Tätigkeit	46
A. Der wirtschaftliche Wettbewerbsbegriff	46
B. Die fiskalische Tätigkeit im Rahmen dieses Wettbewerbsbegriffs	49
a) Das Streben nach Geschäftsverbindungen	49
b) Die Teilnahme am Geschäftsverkehr	50
aa) Verwendung des nachgefragten Gutes und Verbrauch keine Kriterien für den Unternehmensbegriff	50
bb) Das Marktverhalten als Kriterium für den Unternehmensbegriff	52
cc) Der Fiskus kein Verbraucher	53
dd) Die Tätigkeit des Fiskus in der Wirtschaft	54
C. Der Fiskus als Unternehmen bei den erwerbswirtschaftlichen Hilfsgeschäften	57
4. Die fiskalische Tätigkeit und die Wettbewerbsbeschränkung	58
a) Begriff der Wettbewerbsbeschränkung	58
b) Möglichkeiten des nachfragenden Fiskus, Wettbewerbsbeschränkungen herbeizuführen	60
IV. Wertung des Ergebnisses am Grundgesetz und den Erkenntnissen der Wirtschaftswissenschaften	
1. Erfordernis der Überprüfung	61
2. Wertung am GG	
a) Stellung des GG zu den Wettbewerbsbeschränkungen	61
b) Einschränkung der fiskalischen Tätigkeit als Verfassungsgebot	65
3. Das Unwerturteil der Wirtschaftswissenschaften	66
V. Ergebnis	68
5. Kapitel: Die Unternehmenseinheiten	
I. Die im Gesetz vorgesehenen Unternehmenseinheiten	68
II. Das Erfordernis der Selbständigkeit	
1. Das Erfordernis der rechtlichen und wirtschaftlichen Selbständigkeit	69
2. Die Verwirklichung dieses Prinzips im Verwaltungsaufbau	70
III. Aufteilungsmöglichkeiten des Fiskus	
1. Die bundesstaatliche Ordnung	70
2. Die Einteilung der Haushaltspläne	71
3. Der verfassungsmäßige Behördenaufbau	
a) beim Bund	71

	Seite
b) bei den Ländern	73
c) bei den Kommunen	74
4. Sonderstellung der stationes fisci im Sinne der Finanzwissenschaften	74
IV. Ergebnis	75
 6. Kapitel: Der Einfluß des GWB auf die Verdingungsordnungen	
I. Problemstellung	76
II. Die Teile A und B als Wettbewerbsbeschränkung im Sinne der §§ 1 ff GWB	
A. Die Teile A	
1. Die formale Wettbewerbsbeschränkung	76
2. Geeignetheit, die Marktverhältnisse zu beeinflussen	77
3. Die Teile A als Anwendungsfall des § 5 Abs. 2 GWB	79
B. Die Teile B	
1. Die formale Wettbewerbsbeschränkung im Sinne der §§ 1 ff GWB	82
2. Geeignetheit, die Marktverhältnisse zu beeinflussen	82
3. Die Teile B als Anwendungsfall des § 2 GWB	82
III. Die Einführung der Verdingungsordnungen als Maßnahmen im Sinne des GWB	
A. Verträge	84
B. Empfehlungen im Sinne des § 38 Abs. 2 Satz 2 GWB	86
1. Die Einführungserlasse der Behörden keine Empfehlungen	86
2. Die Einführung der Verdingungsordnungen außerhalb der Behörden	86
a) Voraussetzungen der Empfehlung	86
b) Empfehlung zu §§ 2 und 5 Abs. 2 GWB	89
IV. Die Anwendung der Verdingungsordnungen durch marktbeherrschende Unternehmen	
1. Die Bedeutung des ausgeschriebenen Gutes für die Marktbeherrschung	90
2. Die Marktdeterminanten Raum und Zeit	92
3. Die Marktbeherrschung der öffentlichen Hand an Beispielen	92
a) Vollmonopol	93
b) Teilmonopol	93
c) Oligopol und Teiloligopol	94
4. Die besondere Stellung der Unternehmen der öffentlichen Hand	96

	Seite
5. Mißbrauch der starken Marktstellung durch die Verdingungs- ordnungen	97
6. Der Kontrahierungszwang des § 26 Abs. 2 GWB und die Ver- dingungsordnungen	101
V. Die Verdingungsordnungen als Wettbewerbsregeln	105
VI. Die Ausschreibung von Markenartikeln	105
Fußnoten	107
Schrifttumsnachweise	128



Digitized by the Internet Archive
in 2026

Abkürzungsverzeichnis

A	Anmerkung
aA	anderer Ansicht
aaO	am angegebenen Ort
Abs	Absatz
Art	Artikel
AcP	„Archiv für die civilistische Praxis“ Bd u. S
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
AK	Arbeitskreis
AktG	Aktiengesetz
Anm	Anmerkung
AOR	„Archiv des Öffentlichen Rechts“ Bd u. Seite
AT	Allgemeiner Teil
BAnz	Bundesanzeiger, Jahrgang u. S
BB	„Der Betriebsberater“, Zeitschrift, Jahrg. u. S
Baumarkt	„Der Baumarkt“, Zeitschr., Jahrg. u. S
Bauwirtschaft	„Die Bauwirtschaft“, Zeitschr., Jahrg. u. S
Bd	Band
Begründung	Begründung zum Regierungsentwurf des GWB BT Drucksache 1158
Bericht	Bericht des Bundestagsausschusses für Wirtschaftspolitik BT Drucksache 3644
Betrieb	„Der Betrieb“, Zeitschrift, Jahrg. u. S.
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidung des BGH, Band u. S
BK	Bundeskartellamt
BT	Bundestag
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidung des BVerfG, Band u. S
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BVerwGE	Entscheidung des BVerwG, Band u. S
BWM	Bundeswirtschaftsminister
DIN	Deutsche Industrienorm
Diss	Dissertation
DJT	Deutscher Juristentag
DOV	„Die Öffentliche Verwaltung“, Zeitschr., Jahrg. u. S
DVA	Deutscher Verdingungs-Ausschuß
DVBl	„Deutsches Verwaltungsblatt“, Zeitschrift, Jahrgang u. S.
DZ	„Deutsche Zeitung“, Jahrgang u. Nr.

FAZ	„Frankfurter Allgemeine Zeitung“, Jahrg. u. Nr.
FinArch	„Finanzarchiv“, Zeitschrift, Band u. S
FrankfKom	Frankfurter Kommentar zum GWB von Kaufmann, Rautmann und Strickrodt
GemHVO	Gemeindehaushaltsverordnung
GemK	Gemeinschaftskommentar zum GWB von Müller-Henneberg-Schwartz
GemO	Gemeindeordnung
GG	Grundgesetz
GMBI	Gemeinsames Ministerialblatt
GVBl	Gesetz- und Verordnungsblatt
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
Handelsblatt	„Handelsblatt“, Deutsche Wirtschaftszeitung, Jahrg. u. Nr.
HGB	Handelsgesetzbuch
h.M.	herrschende Meinung
IherJb	Iherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts, Band u. S
Jb	Jahrbuch
JW	„Juristische Wochenschrift“, Jahrgang u. S
JZ	„Juristenzeitung“, Jahrg. u. S.
LSP	Leitsätze für die Preisermittlung auf Grund von Selbstkosten
LG	Landgericht
KartVO	Kartellverordnung
KB	Kartellbehörde
KG	Kammergericht
MA	„Der Markenartikel“, Zeitschr., Jahrg. u. S
MRG	Militärregierungsgesetz
MRVO	Militärregierungsverordnung
MuW	„Markenschutz und Wettbewerb“, Zeitschr., Jahrg. u. S
NJW	„Neue Juristische Wochenschrift“, Jahrg. u. S.
OLG	Oberlandesgericht
ORDO	„Jahrbuch für die Ordnung von Wirtschaft und Gesellschaft“, Band u. S
OWiG	Ordnungswidrigkeitengesetz
PostArch	„Postarchiv“, Zeitschrift, Jahrg. u. S
PrVerwBl	Preußisches Verwaltungsblatt
Rdn	Randnote

RG	Reichsgericht
RGBI	Reichsgesetzblatt
RGZ	Entscheidung des Reichsgerichts in Zivilsachen, Band u. S
RHO	Reichshaushaltsordnung
RVA	Reichsverdingungsausschuß
S	Seite
StAnpG	Steueranpassungsgesetz
StPO	Strafprozeßordnung
UStDB	Umsatzsteuerdurchführungsbestimmungen
Veröff- VerDStRL	„Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staats- rechtslehrer“, Band u. S
VerwArch	„Verwaltungsarchiv“, Zeitschrift, Band u. S
VGH	Verwaltungsgerichtshof
vgl	vergleiche
VO	Verordnung
VOB/A	Verdingungsordnung für Bauleistungen, Teile A u. B.
VOB/B	
VOL/A	Verdingungsordnung für Leistungen, Teile A u. B
VOL/B	
VOPR	Preisverordnung
Vorbem	Vorbemerkung
VPOA	Preisverordnung für Öffentliche Aufträge
WRP	„Wettbewerb in Recht und Praxis“, Zeitschrift, Jahrg. u. S
WuW	„Wirtschaft und Wettbewerb“, Zeitschr., Jahrg. u. S
WuWEBGH	
WuW E LG/AG	Veröffentlichungen in „Wirtschaft und Wettbewerb“
OLG BKartA	
ZHR	„Zeitschrift für das Gesamte Handels- und Konkursrecht“, Band u. S

Einleitung

1. Untersuchungsgegenstand

Seit dem Inkrafttreten des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) ist noch nicht geklärt, ob und inwieweit auch die öffentliche Hand bei ihren Beschaffungen diesem Gesetz unterfällt.

Einerseits vertreten Maunz-Dürig¹⁾ die Ansicht, das GWB enthalte ausreichende Sicherungen für den Einzelnen gegenüber der Wirtschaftsmacht des Staates. Hier könnte man den Eindruck gewinnen, als unterstehe jede Wirtschaftstätigkeit der öffentlichen Hand dem Gesetz.

Auch Daub-Meierrose-Müller²⁾ sind der Ansicht, die öffentliche Hand sei dem GWB unterworfen, wenn sie als Nachfrager von Leistungen auf den Markt trete.

Andererseits wird in der Kartellrechtsliteratur ausgeführt, die Nachfrage-tätigkeit der fiskalischen Stellen unterfalle dann nicht dem GWB, wenn eine Bedarfsdeckung für „außerwirtschaftliche Zwecke erfolge“,³⁾ oder positiv formuliert, die Tätigkeit des Fiskus unterfalle dem GWB nur bei „Beschaffungen für Verteilungszwecke“⁴⁾. Das Bundeskartellamt hat in seinen Tätigkeitsberichten für die Jahre 1958 und 1959⁵⁾ diese Fragen ausdrücklich offengelassen und nur festgestellt, es müsse entschieden werden, „ob und in welchem Umfang die öffentliche Hand als Unternehmen im Sinne des GWB anzusehen sei“.

Die gleiche Frage wirft Schilken⁶⁾ auf, ohne zu ihr Stellung zu nehmen. Ferner wurde bei den Erörterungen des Arbeitskreises „Wettbewerb Bau“ auf die möglichen Berührungspunkte der VOB mit dem GWB aufmerksam gemacht. Sowohl die VOB selbst als auch die Empfehlungen an die Vergabebehörden bedürften der Erörterung. Da aber im Zeitpunkt der Abfassung des Berichtes die Fragen noch nicht geklärt waren, nahm der Arbeitskreis keine Stellung dazu⁷⁾. Ebenso hat Daub⁸⁾ diese Frage offengelassen.

Daß auch der Gesetzgeber hier noch keine abschließende Antwort gab, zeigen die Ausführungen Hellwigs⁹⁾. Bei der Amtseinführung des Präsidenten des BKA sagte er, das Gesetz habe die Einbeziehung der öffentlichen Hand in das GWB im einzelnen nicht festgelegt.

2. Der Gang der Arbeit

Wenn der persönliche und sachliche Geltungsbereich der Verdingungsordnungen festgestellt ist und der Umfang der Beschaffungstätigkeit der öffentlichen Hand festgestellt ist, müssen für den ersten Teil der Untersuchungen die Zweige der „öffentlichen Hand“ ausgeklammert werden, die unstreitig dem GWB unterliegen. Dabei wird sich eine Eingrenzung auf die „behörden-eigenwirtschaftliche“ Tätigkeit ergeben.

Dann sind die Verdingungsordnungen inhaltlich, ihrer Entstehungsgeschichte nach und ihrem Rechtscharakter nach, zu erläutern. Das darauf folgende Kapitel ist den Verdingungskartellen und ihrer Einwirkung auf die Einzelverträge

gewidmet. Danach wird endgültig die Nachfragetätigkeit des Fiskus behandelt. Dabei ist zuerst die Frage zu entscheiden, ob die Nachfragetätigkeit dem öffentlichen oder privaten Recht unterfällt. Anschließend muß der Unternehmensbegriff des GWB gefunden werden: Von den bisher bekannten Unternehmensbegriffen aus ist er für das GWB neu zu entwickeln. Wenn der Fiskus die Voraussetzungen dieses Unternehmensbegriffes erfüllt, ist das Ergebnis mit dem GG und den Erkenntnissen der Wirtschaftswissenschaften zu vergleichen. In dem anschließenden Kapitel sind die Unternehmenseinheiten der öffentlichen Hand zu finden. Dabei ist Untersuchungsgegenstand wieder die „gesamte öffentliche Hand“, nicht mehr nur der Fiskus. Schließlich sind dann die Verdingungsordnungen an den §§ 1 ff, 38 II, 22, 26 II, und 16 GWB zu werten.

3. Der persönliche Anwendungsbereich der Verdingungsordnungen

a) die VOB

In einem Schreiben kann der Vorsitzende des DVA für Bauleistungen feststellen¹⁰⁾, daß im Bundesgebiet einschließlich West-Berlin alle Baubehörden im Hoch-, Tief- und Straßenbau die VOB anwenden. Dies wird bestätigt durch die Einführungserlasse¹¹⁾.

b) die VOL

Für die VOL bestehen keine derartigen Einführungserlasse. Gleichwohl wird sie im Bereich der Bundesverwaltungen, besonders im Bereich der großen Beschaffungsressorts, so im Bundespostministerium, Bundesverkehrsministerium, Bundesverteidigungsministerium, Bundesfinanzministerium, Bundesinnenministerium und Bundesministerium für wirtschaftlichen Besitz des Bundes angewandt. Auch in den Ländern und in den Kommunen wird allgemein nach der VOL verfahren¹²⁾. Das kommt in verschiedenen Richtlinien der Bundesregierung zum Ausdruck, die die Geltung der VOL voraussetzen¹³⁾.

4. Der sachliche Geltungsbereich

Die VOL bestimmt ihren sachlichen Anwendungsbereich in VOL/A § 1 in der Weise, daß sie überall da gelten soll bei Lieferungen und Leistungen, wo die VOB keine Anwendung findet. Unter die VOB fallen Bauleistungen jeder Art mit oder ohne Lieferung von Stoffen oder Bauteilen, VOL/A § 1. Unter Bauleistungen sind Arbeiten zu verstehen, durch die Bauwerke unmittelbar geschaffen, unterhalten, beseitigt oder geändert werden, oder durch die sonst Veränderungen der Erdoberfläche vorgenommen werden. Die Verkehrsauffassung entscheidet in Zweifelsfällen¹⁴⁾. Die Terminologie vom Baupreisrecht ist nicht die gleiche¹⁵⁾.

Aus dem Ineinandergreifen beider Definitionen ergibt sich, daß jede Beschaffung der öffentlichen Hand einer der beiden Verdingungsordnungen unterfällt.

5. Umfang der Beschaffungen

Wenn bisher von der „öffentlichen Hand“ gesprochen wurde, so waren damit Bund, Länder und Gemeinden sowie alle Körperschaften des öffentlichen Rechts gemeint; auch die Verwaltungssondervermögen Bahn und Post gehören

hierzu. Der Begriff „öffentliche Hand“ hat sich in der Literatur als Sammelbezeichnung für die Rechtspersönlichkeiten des öffentlichen Rechts eingebürgert, die am privaten Wirtschaftsverkehr teilnehmen.

Welchen Umfang die nach den Verdingungsordnungen vorgenommenen Beschaffungen haben, ist im einzelnen sehr schwer festzustellen. Die Statistiken sind nach anderen Gesichtspunkten aufgebaut. Welter kommt in seinem demnächst erscheinenden Buch „Der Staat als Kunde“¹⁶⁾ bei Schätzungen für das statistisch erfaßte Jahr 1954 zu einer Gesamtsumme von ca. 20 Mrd. DM, die für die Beschaffungen von Sachgütern und Dienstleistungen aufgewandt wurden. Inzwischen ist auch das Jahr 1956 statistisch ausgewertet¹⁷⁾.

Da der Gesamtumfang der Haushaltspläne zugenommen hat, ist diese geschätzte Zahl nicht geringer geworden. Um die Größenverhältnisse zu erkennen, sollen im folgenden die Ergebnisse der Schätzungen Welters wiedergegeben werden¹⁸⁾.

Beschaffungen von Sachgütern und Dienstleistungen

a) beim Bund ohne Bahn und Post	5,5 Mrd. DM
b) bei den Ländern	3,5 „ „
c) bei den Sozialversicherungsträgern	3,0 „ „
	12,0 Mrd. DM

Die Bundesbahn hat ein Auftragsvolumen

von jährlich über¹⁹⁾ 2,0 Mrd. DM

die Bundespost ein solches von etwa²⁰⁾ 1,0 „ „

der Verbrauch der Gemeinden und Gemeindeverbände

beträgt etwa 5 „ „
20 Mrd. DM

Wenn man davon ausgeht, daß das Bruttosozialprodukt zu 60% zum privaten Verbrauch, zu 13% zum staatlichen Verbrauch, zu 24% zu Investitionen benutzt wird, der Rest ist Außenbeitrag, und daß ein Drittel der Investitionen von der öffentlichen Hand durchgeführt wird,²¹⁾ so kann man sagen, daß rund 20% des Sozialprodukts nach den Vorschriften der Verdingungsordnungen verwandt werden. Auch diese Zahl rechtfertigt die Frage, ob dieser Bereich von dem neuen Gesetz erfaßt wird.

6. Die behördeneigenwirtschaftliche Tätigkeit als Untersuchungsgegenstand

Die Beschaffungen von Bahn und Post unterfallen unstreitig den Vorschriften des GWB. Die Bereichsausnahmen der §§ 99 ff GWB zeigen, daß eine Freistellung nur insoweit erfolgt ist, als bereits anderweitige gesetzliche Regelungen – Tarifordnungen – bestehen. Die Beschränkungen beziehen sich also gerade nicht auf den Einkauf von Betriebsmitteln.²²⁾ Das gleiche gilt für die öffentlichen Versorgungsunternehmen. Nur die eigentliche Versorgungstätigkeit ist hier ausgenommen.²³⁾ Unternehmen nach § 98 GWB sind auch die Träger des sozialen Wohnungsbaus. Wenn sie die VOB anwenden, unterliegen sie ebenfalls dem GWB.

Folgt man der Aufzählung Hubers,²⁴⁾ sind zunächst nicht Untersuchungsgegenstand – da sie unstreitig den Vorschriften des GWB nach § 98 unterfallen –

- a) die Regiebetriebe der öffentlichen Hand: Die betrieblich verselbständigten Unternehmen, die nicht aus der Staats- oder Gemeindeverwaltung ausgegliedert sind,
- b) die öffentlich-rechtlichen Unternehmen der öffentlichen Hand: Rechtsfähige und nicht rechtsfähige Anstalten, die vor allem dem Verkehr und der Versicherung dienen,
- c) die privatwirtschaftlichen Kapitalgesellschaften, deren Kapital ganz oder teilweise der öffentlichen Hand gehört. Dabei ist es unerheblich, ob es sich um gemeinnützige oder erwerbswirtschaftliche Unternehmen handelt,
- d) die Unternehmen, die nur von der öffentlichen Hand betrieben oder verwaltet werden, aber Eigentum eines anderen sind. Hier ist z. B. das VW-Werk zu nennen.

Die unter c) und d) genannten Gruppen unterfallen ganz dem GWB. Auch ihnen wurde für die Beschaffung die Anwendung der Verdingungsordnungen nahe gelegt.²⁵⁾

Gegenstand der Untersuchung ist die eigenwirtschaftliche Tätigkeit der öffentlichen Verwaltung.²⁶⁾ Es wird hier kein verselbständigtes besonderes Unternehmen gebildet, sondern die Behörden betätigen sich selbst wirtschaftlich. Nicht die Tätigkeit der Staatsunternehmen oder öffentlichen Unternehmen²⁷⁾ wird darauf überprüft, ob sie dem GWB unterfällt, sondern die erwerbswirtschaftliche Hilfstätigkeit der öffentlichen Hand im Sinne der Staatsrechtslehre. Die hier verwandten Musterbeispiele sind die Staatsbrauerei und der Kohlenkauf der Finanzämter. Nur das letztere interessiert im Zusammenhang der Arbeit zunächst.

Die Verwaltungsträger treten an den Markt heran, indem sie die Verdingungsordnungen anwenden. Daher ist im folgenden zuerst der Begriff der Verdingung zu behandeln.

1. Kapitel: Die Verdingungsordnungen

1. Inhalt der Verdingungsordnungen und Begriff der Verdingung.

Die VOL besteht aus 2, die VOB aus 4 Teilen, A, B, C, D.

Die Teile A enthalten die allgemeinen Bestimmungen über die Vergabe. Die VOB spricht zwar noch von „Vergebung“, dieser Ausdruck soll aber vermieden werden, da er im deutschen Sprachbereich etwas anderes bezeichnet. Nach der Umschreibung der sachlichen Anwendungsbereiche in den §§ 1 sind in den §§ 2 die Nachfrager angesprochen, die einen Wettbewerb herbeiführen sollen. In den §§ 3 werden die Voraussetzungen der Arten der Vergabe: öffentliche, beschränkte Ausschreibung und freihändige Vergabe bestimmt. Grundsatz soll die öffentliche Ausschreibung sein. In den folgenden Vorschriften wird das Angebotsverfahren geregelt: Mitwirkung eines Sachverständigen, Abgabe der Unterlagen an alle Bewerber, Vergabe nach Losen.

Nach § 10 VOB/A § 11 VOL/A müssen die Vergabebehörden bei der Ausschreibung darauf hinweisen, daß die Teile B und die besonderen Bedingungen einzelner Stellen Vertragsinhalt werden. Ferner werden den Auftraggebern in Soll-Vorschriften Hinweise wegen der Vertragsstrafen, Gewährleistungen und Sicherheitsleistungen gegeben. Sodann werden die Fristen und Kosten der Ausschreibungen geregelt. Nun können die Angebote der Bieter erfolgen. §§ 21 VOB/A und VOL/A richten sich unmittelbar an die Bieter. Die Angebote sollen nur die Preise und die in der Ausschreibung geforderten Erklärungen enthalten. Wenn die Auftraggeber nach §§ 9 VOB/A 10 VOL/A die Leistungen beschrieben haben, sollen die Bieter die Brauchbarkeit der Angebote nicht dadurch beeinträchtigen, daß sie die Angebote nicht genau anfertigen.²⁸⁾ Bei einem Verstoß gegen diese Vorschriften werden die Angebote nicht gewertet, §§ 25 1b VOB/A, 23 VOL/A. In weiteren Vorschriften an die Auftraggeber wird der Eröffnungstermin, die Prüfung der Angebote, die Verhandlung mit den Bietern und die Wertung der Angebote geregelt. Die Teile A richten sich also fast ausschließlich an die Vergabebehörde. Die Art der Ausschreibung wird hier festgelegt. Die Teile A sind also die eigentliche Verdingungsordnung.²⁹⁾ Für die Auslegung des später abgeschlossenen Vertrages werden die Teile A dann nur noch von Bedeutung.

In den Teilen B sind die allgemeinen Vertragsbedingungen für die Ausführungen der Leistungen enthalten. Besonders für die VOB/B wurde das Verhältnis zum Werkvertragsrecht des BGB oft erläutert.³⁰⁾ Die Vorschriften des BGB gelten, soweit sie nicht durch Sondergrundsätze oder die Verdingungsordnungen Teile B abbedungen sind. Art und Umfang der Leistung werden bestimmt, die Vergütungsregelungen getroffen, Möglichkeiten der Änderungen des Leistungsgegenstandes gewährt. Das Zusammenwirken von Auftraggeber und Auftragnehmer wird geordnet; Gefahrtragungsvorschriften, mögliche beiderseitige Kündigungsgründe, die Art der Berechnung und Zahlung, sowie Gerichtsstandsvereinbarungen machen die Teile B zu typischen allgemeinen Ge-

schaftsbedingungen. Es werden Pflichten für den Auftraggeber und -nehmer begründet.

Die Teile C und D der VOB enthalten DIN-Normen für die technische Durchführung des Bauwerkes.³¹⁾

Die beiden Verdingungsordnungen bestimmen den Begriff der Verdingung nicht.

Die Definitionen der Literatur stimmen darin überein, daß zur Verdingung der Wettbewerb gehört.³²⁾ Kirsch (a.a.O. S. 6) bezeichnet als Verdingung „das vom Staat oder anderen öffentlichen Körperschaften geübte zweigliedrige Verfahren, welches die aufgrund einer Ausschreibung erfolgende Beschaffung von schriftlichen Angeboten der an dem Wettbewerb um die Ausführung der Arbeiten und Lieferungen interessierten Unternehmen sowie die Erteilung des Zuschlags an den geeignetsten Unternehmer zum Inhalt hat.“

Die Ausschreibung ist rechtlich nur eine Aufforderung zur Abgabe von Angeboten, kein Vertragsangebot.³³⁾ Da die Verdingung schriftlich unter Abwesenheit erfolgt, kann § 156 BGB auch nicht entsprechend angewandt werden.³⁴⁾ Der Nachfrager ist in der Auswahl noch völlig frei, während der Bieter nach § 148 BGB mit der Abgabe des Angebotes gebunden ist, §§ 19 II VOB/A, 20 II VOL/A.

Der Ansicht, die Verdingung sei eine Auslobung nach § 657 BGB ist nicht zu folgen, denn die Belohnung bestünde nur darin, daß der Nachfrager Angebote einsenden darf. Damit erlangt er noch keine Belohnung, wie es § 657 BGB fordert. Außerdem fehlt aber jede Verpflichtung der Behörde. Die Ausschreibung kann sogar aufgehoben werden, §§ 26 VOB/A, 25 VOL/A.³⁵⁾

Sachlich übereinstimmend und daher mit den gleichen rechtlichen Konsequenzen bestimmen andere die Verdingung.³⁶⁾

Wie Köderitz³⁷⁾ im einzelnen nachweist, wird die VOB auch von nichtöffentlichen Bauherren angewandt.

Aber nicht der Teil A, die eigentliche Verdingungsordnung wird angewandt, sondern nur die Teile B, C oder D. Der private Auftraggeber steht regelmäßig in Wirtschaftsbeziehungen, so daß er sich nicht erst durch die Verdingung einen Markt schaffen muß, wie es für den öffentlichen Auftraggeber erforderlich ist.

Wenn die Verdingung als ein besonderes Verfahren erkannt wurde, dann ist die Verfahrensordnung in den Teilen A enthalten. Sie wird fast nur von den öffentlichen Auftraggebern angewandt. Daher ist es gerechtfertigt, nur bei ihnen von Verdingung zu sprechen.³⁸⁾

Die Anwendung der VOB/B durch private Bauherren berechtigt nicht dazu, auch in diesen Fällen von Verdingung zu sprechen, denn die entscheidenden Teile A werden hier nicht angewandt.

2. Die Entstehungsgeschichte der Verdingungsordnungen

Das Verdingungswesen wurde zuerst für Bauleistungen entwickelt. Versuche, für die Vergabe öffentlicher Aufträge Regelungen zu finden, lassen sich weit

zurück verfolgen. Sie wurden besonders von den Staatswissenschaften erforscht.³⁹⁾

Da die öffentlichen Mittel möglichst sparsam verwandt werden sollten, und die Wirtschaft möglichst gleichmäßig behandelt werden sollte, wuchs das Interesse an einer gesetzlichen Regelung des Vergabewesens. Der Reichstag konnte sich aber weder 1912 noch 1921 entschließen, eine gesetzliche Regelung zu treffen. Am 9. 3. 1921 beschloß er vielmehr, die Reichsregierung zu ersuchen, „einen Ausschuß einzuberufen, bestehend aus sachverständigen Vertretern der beteiligten Ressorts und Vertretern der zuständigen Arbeitnehmer- und Arbeitgeberorganisationen, um für die Vergabung von Leistungen und Lieferungen einheitliche Grundsätze für Reich und Länder zu schaffen“. Der 1921 gegründete Reichsverdingungsausschuß – RVA – wurde federführend von der Reichsbauverwaltung geleitet. 1926 vollendete er die VOB, 1932 den Teil B der VOL. Hier waren die Schwierigkeiten wegen der Vielzahl der Interessen größer. Der Teil A der VOL wurde 1936 nicht mehr vom RVA, sondern von einem Ministerialausschuß vollendet. Die VOL gilt heute noch in der damaligen Fassung. Sie wurde nicht vom Reichsfinanzministerium erlassen, sondern erschien im Reichsfinanzministerium.

An einer Neufassung der VOB wurde ständig weitergearbeitet. Der 1947 gegründete Deutsche Verdingungsausschuß – DVA – nahm die heute gültige Formulierung 1952 an.

Auch er war wieder ein Sachverständigengremium.⁴⁰⁾

Die Bestrebungen, wenigstens die VOB zum Gesetz zu erheben, endeten nicht. Auf eine Kleine Anfrage im Jahre 1955⁴¹⁾ lehnte die Bundesregierung dieses ab. Die VOB/A sei auf die Behördenorganisation zugeschnitten.⁴²⁾ Sie werde wegen der Einführungserlasse und der Prüfung durch den Bundesrechnungshof ohnehin beachtet. Den Teil B gesetzlich festzulegen, bringe keinen Vorteil, da er als Vertragsrecht doch abänderbar sei.⁴³⁾

3. Der Rechtscharakter der Verdingungsordnungen

Im normalen Gesetzgebungsverfahren wurden die Verdingungsordnungen nicht zu Rechtsnormen. Der DVA und der RVA konnten auch keine Rechtsverordnungen erlassen, da sie nicht Teil der Verwaltung, sondern ein Sachverständigengremium waren, in dem eine Verwaltungsbehörde den Vorsitz führte. Daher kann der Vorsitzende des DVA die Mitglieder auch nur bitten, die Neufassung einzuführen.⁴⁴⁾ Da die Verdingungsordnungen keine Rechtsätze sind, ist der in der Literatur gebrauchte Ausdruck „Verdingungsrecht“ mißverständlich. Elleringmann⁴⁵⁾ betrachtet es als Teil des bürgerlichen Rechts, während Geipel die Verdingungsordnungen und das Preisrecht für öffentliche Aufträge als Teil des Wirtschaftsverwaltungsrechts auffaßt.⁴⁶⁾ Da aber die Verdingungsordnungen als solche keine Rechtssätze sind, soll der Ausdruck „Verdingungsrecht“ vermieden werden.

a) Die Rechtsnatur der Teile A

Erst die Einführungserlasse verpflichten die öffentlichen Auftraggeber, das Verdingungsverfahren anzuwenden. In dem Einführungserlaß des Bundes-

finanzministeriums⁴⁷⁾ wird für Teil A ausdrücklich betont, daß er zwar der Vergabe zugrunde liege, nicht aber Vertragsinhalt werde und dem Bieter kein Recht gewähre. Die Einführungserlasse sind also Verwaltungsanordnungen mit interner Verbindlichkeit.⁴⁸⁾ Wenn die Einführungserlasse Rechtsverordnungen sein sollten, hätten sie im Bundesgesetzblatt oder Bundesanzeiger verkündet werden müssen.⁴⁹⁾

Sind aber die Einführungserlasse und die Teile A materiell Rechtsverordnungen, so daß sie noch verkündet werden müßten? Die Ermächtigungsnorm nach Art. 80 GG könnte § 46 II RHO sein. Wenn das Aufstellen von „einheitlichen Grundsätzen“ auch den Erlaß von Rechtsverordnungen meint, könnte § 46 II RHO Ermächtigungsnorm sein.⁵⁰⁾

Die Unterscheidung von Rechts- und Verwaltungsverordnung beruhte bisher auf einer Unterscheidung von Innen- und Außenverhältnis.⁵¹⁾ Wegen der Gefahr der damit gegebenen Rechtsschutzverkürzung will Krüger⁵²⁾ und ihm folgend Forsthoff eine Unterscheidung nach Rechtswert – Norm nach dem Maßstab der Gerechtigkeit gebildet – und Verwaltungswert – Norm, die die Wohlfahrt fördern soll –, treffen. Wenn man sagt, eine Norm dient dann dem Rechtswert, wenn sie Rechtsschutz gewähren soll, wird jede Verwaltungsanordnung zur Rechtsverordnung, da jede behördeninterne Regelung einmal nach außen dringt.

Unmittelbar angesprochen sind die Bieter nur in den §§ 21 der Teile A. Für ihre Rechtsnatur muß auf die Ausführungen zu den Teilen B verwiesen werden. Die teleologische Auslegung Forsthoffs ist jedoch nicht geeignet, die überkommene Unterscheidung zwischen Rechts- und Verwaltungsverordnungen aufzugeben.⁵³⁾

Es kommt nicht darauf an, ob die Verwaltungsanordnung mittelbar durch die Anwendung nach außen wirkt.⁵⁴⁾ Gegen die Ansicht Forsthoffs spricht speziell für die Verdingungsordnungen noch, daß sie von der fiskalischen Verwaltung angewandt werden.⁵⁵⁾ Der Wortlaut des § 46 II RHO spricht entgegen der üblichen Terminologie des Gesetzes, wenn es zum Erlaß von Rechtsverordnungen ermächtigt, von „Grundsätzen“; vgl. sonst § 54 und § 127 RHO. Dieser Ausdruck kehrt im Gesetz nicht wieder. Daraus kann man entnehmen, daß wohl gerade keine Rechtsverordnungen nach § 46 II RHO erlassen werden sollten. Anders lautet die Vorschrift des § 7 Energiewirtschaftsgesetz.⁵⁶⁾ Hier können durch „allgemeine Vorschriften . . . die allgemeinen Bedingungen der Energieversorgungsunternehmen wirtschaftlicher gestaltet“ werden. Dieses ist eine klare Ermächtigung zum Erlaß von Rechtsverordnungen, die die allgemeinen Geschäftsbedingungen enthalten sollen. Die Preisvorschriften beruhen im übrigen auf § 2 des Preisgesetzes.⁵⁷⁾

Die Teile A sind also keine Rechtsverordnungen,⁵⁸⁾ denn sie sind keine Rechtssetzungsakte der Verwaltung, die generelle Regeln (Rechtssätze) allgemein verbindlich in Geltung setzen.⁵⁹⁾

Daher besteht Einigkeit darüber, daß die Teile A dem Auftragnehmer keine Rechte gewähren.⁶⁰⁾ Wohl werden die Anforderungen an die guten Sitten im Sinne des § 826 BGB erhöht und genauer bestimmt.⁶¹⁾ Einer auf § 823 II BGB

gestützten Klage ist aber der Erfolg zu versagen, da weder die Verdingungsordnung noch der Einführungserlaß eine Rechtsnorm im Sinne des Art. 2 EGBGB ist, die den Schutz des Bieters bezwecken könnte.⁶²⁾

Durch die Einführungserlasse sind die Teile A Inhalt von Verwaltungsanordnungen geworden, deren Grundlage die Hoheitsgewalt der Verwaltung ist.⁶³⁾

b) Die Teile B.

Sie werden Inhalt des Vertrages zwischen Auftraggeber und -nehmer. Aus sich heraus haben auch sie keine Geltungskraft, daher sollte man nicht von einem „Gesetzeswerk“ sprechen.⁶⁴⁾ Nach Abschluß der Verträge entstehen aus den Teilen B klagbare Rechte und Pflichten.

Wenn unabhängig von dem einzelnen Vertragsschluß bereits eine Normengruppe besteht, die für alle späteren Geschäfte gelten soll, spricht man von Allgemeinen Geschäftsbedingungen.⁶⁵⁾ Diesen Bedingungen ist wesentlich, daß sie für einen ganzen Wirtschaftszweig einheitlich gelten sollen.⁶⁶⁾ Wenn die Teile B auch vorwiegend – die VOL ausschließlich – für den Einkauf der öffentlichen Hand gelten, sind sie doch Allgemeine Geschäftsbedingungen, da die Einkaufsbedingungen nur ein Sonderfall der Allgemeinen Geschäftsbedingungen sind.⁶⁷⁾

Massenverträge, Rationalisierung und Kalkulationsgrundlagen durch die Überschaubarkeit des Risikos sind die wichtigsten Entstehungsgründe der Bedingungen.⁶⁸⁾

Die Teile B sind als Allgemeine Geschäftsbedingungen zu kennzeichnen.⁶⁹⁾

Welches ist nun die Rechtsnatur dieser Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die nicht einseitig aufgestellt wurden, sondern von Vertretern beider Marktseiten ausgehandelt wurden?

Die von Hueck erörterten Normenverträge⁷⁰⁾ sind Verträge, deren Inhalt die Festlegung von Normen ist, die für spätere Verträge maßgebend sein sollen. Bei den als Untergruppen gebildeten Richtlinienverträgen,⁷¹⁾ schuldrechtlichen Normenverträgen⁷²⁾ und rechtsverbindlichen Normenverträgen⁷³⁾ geben die Parteien mit der Vereinbarung des Inhalts verschiedene vertragliche Erklärungen über den Geltungsbereich der Allgemeinen Geschäftsbedingungen ab. Weder der RVA noch der DVA haben aber solche Erklärungen abgegeben. Die Mitglieder waren nicht nur Vertreter der Marktgegenseiten, und der Vorsitzende des DVA konnte nur um die Einführung der VOB „bitten“. ⁷⁴⁾ Sie waren nicht befugt, Bindungserklärungen abzugeben.^{75), 76)}

Die Mitglieder der Verdingungsausschüsse haben sich darauf beschränkt, den Inhalt von „Normen“ zu vereinbaren, um damit eine von allen Seiten anzuerkennende Regelung bestimmter Verträge zu schaffen.⁷⁷⁾ Wie bei einseitig aufgestellten Allgemeinen Geschäftsbedingungen erlangen die Bestimmungen der Teile B also erst Wirksamkeit, wenn sie in den Einzelvertrag aufgenommen wurden.⁷⁸⁾

Die Versuche, die Allgemeinen Geschäftsbedingungen als objektives Recht anzusehen, mußten daran scheitern, daß objektives Recht nur „eine innerhalb einer organisierten Gemeinschaft geltende, auf dem Willen beruhende Ver-

haltensnorm ist, die unter den jeweiligen Voraussetzungen ein bestimmtes äußeres Verhalten bindend vorschreibt, d. h. mit einem vom Willen des Unterworfenen unabhängigen Geltungsanspruch".⁷⁹⁾

Auch die abzulehnende Auffassung Gierkes⁸⁰⁾ über die genossenschaftliche Rechtstheorie kann nicht die Allgemeinen Geschäftsbedingungen zu objektivem Recht erheben, da sich die Autonomie auf die Verbandsangelegenheiten beschränkt.⁸¹⁾ Nach der geltenden Rechtsquellenlehre⁸²⁾ kann nur der Staat, evtl. eine von ihm delegierte Stelle objektives Recht setzen. Das ist weder für die Allgemeinen Geschäftsbedingungen, noch die zu ihnen gehörenden Verdingungsordnungen geschehen, da der RVA bzw. DVA diese Befugnis nicht erhielten.

Die Rechtsprechung des RG, der sich der BGH anschloß, kam nach langem Schwanken zu dem Ergebnis, daß die Allgemeinen Geschäftsbedingungen „kaum noch eine echte vertragliche Vereinbarung sind, sondern die Unterwerfung unter eine fertig bereitliegende Rechtsordnung bedeuten“.⁸³⁾ Diese rein negative Formulierung gab zu Mißverständnissen Anlaß.⁸⁴⁾ Der BGH verwahrt sich dagegen, in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen Rechtsnormen im Sinne Art. 2 EGBGB zu sehen. Dann hätte freilich der Ausdruck „Rechtsordnung“ nicht gebraucht werden dürfen.⁸⁵⁾ Vielmehr fordert die Rechtsprechung eine Unterwerfung, d. h. eine ausdrückliche oder stillschweigende Willenserklärung, daß die Bedingungen gelten sollen. Dabei wird der Ausdruck „Unterwerfung“ in einem noch ungeklärten Sinn gebraucht.⁸⁶⁾ Wenn die Bedingungen einmal Vertragsinhalt geworden sind, werden sie weitgehend wie Rechtsnormen behandelt:⁸⁷⁾ Auslegung nach § 133, 157 BGB, Revisibilität, wenn weiterer Geltungsbereich, als ein OLG-Bezirk reicht, bei Nichtigkeit einer Einzelbestimmung bleiben die übrigen Bedingungen bestehen.⁸⁸⁾

Die Teile B der Verdingungsordnungen sind also, so wie sie der RVA bzw. DVA erlassen hat, nur Vertragsformulare und kein objektives Recht. Das zuletzt von Meeske⁸⁹⁾ behandelte Problem des Geltungsgrundes taucht hier nicht auf, da §§ 10 VOB/A und 11 VOL/A den Vergabestellen vorschreiben, bei der Verdingung bereits auf die Maßgeblichkeit der Teile B für den Einzelvertrag hinzuweisen.

Die Einführungserlasse gelten aber auch für die Teile B. Der Rechtssatzcharakter der Teile A wurde abgelehnt, da keine unmittelbare Außenwirkung bestand.

Adressaten der Bestimmungen der Teile B, die durch Verwaltungsanordnungen ausgeführt werden, sind aber auch die Auftragnehmer, freilich erst nach Abschluß des Vertrages. Der Bayer. VGH⁹⁰⁾ hatte über eine Verwaltungsanordnung zu entscheiden, die sich materiell, da sie Außenwirkung hatte, als Rechtsverordnung darstellte. Jedoch konnten nach der formal als Verwaltungsverordnung erlassenen Bestimmung die Beamten beim Vorkommen eines bestimmten Baustoffes unmittelbar eingreifen. In diesen Fällen liegt wirklich eine Rechtsverordnung vor.⁹¹⁾ Die Außenwirkung bei den Verdingungsordnungen Teil B beruht aber nicht auf der hoheitlichen Gewalt des Staates,⁹²⁾

sondern auf der „Unterwerfung unter die bereitliegende Rechtsordnung“. Daher ist auch für die Einführungserlasse, soweit sie die Teile B betreffen, zu sagen, daß sie formell und materiell Verwaltungsanordnungen und nicht Rechtsverordnungen sind. Eine zur Ungültigkeit führende falsche Bezeichnung der Einführungserlasse ist also nicht gegeben.⁹³⁾

Wenn auch die Teile B keine Rechtsverordnungen sind, so könnte man sie wie Rechtsverordnungen behandeln. Das legt ein Vergleich mit den AVB der Elektrizitätswerke nahe, die auf Grund § 7 Energiewirtschaftsgesetz vom Generalinspekteur für Wasser und Energie am 27. 1. 1942 für allgemein verbindlich erklärt wurden.⁹⁴⁾

Der BGH hat die AVB als Rechtsverordnungen qualifiziert⁹⁵⁾. Formell konnte sich der BGH auf die Ermächtigungsnorm des § 7 Energiegesetz stützen. Die Anordnung des Generalinspektors richtete sich nur an die Versorgungsunternehmen. Da dem BGH aber das Bild der „fertig bereitliegenden Rechtsordnung“ vorschwebte, sah er diese Anordnung als Rechtsverordnung an. Aber erst nach Herstellung des Leistungsverhältnisses entfalten die AVB ihre Wirksamkeit⁹⁶⁾. Der BGH kam zu seiner Entscheidung infolge seiner „unklaren Auffassung von den Allgemeinen Geschäftsbedingungen“⁹⁷⁾. Nach den bisherigen Ausführungen muß die Entscheidung in ihrer Begründung abgelehnt werden.

Eine Behörde kann zwar Tarifbestimmungen und Geschäftsbedingungen für verbindlich erklären. Voraussetzung ist aber dann, daß sie sich an beide Vertragsparteien wendet, wie dies in §§ 106 II, 25, 21 GÜKG⁹⁸⁾ der Fall ist. Die Anordnung des Generalinspektors richtete formell sich nur an die Energieversorgungsunternehmen; da aber jeder, der mit Energie versorgt werden will, gezwungen ist, mit den Versorgungsunternehmen zu kontrahieren – die Versorgung ist eine praktische Notwendigkeit – wirkt die Anordnung mittelbar schon an die Allgemeinheit. Kraft der Monopolstellung ist die Allgemeinheit faktisch bereits angesprochen. Daher rechtfertigt Bartholomeyczik⁹⁹⁾ aus dem Sinn und Zweck die Entscheidung des BGH im Ergebnis.

Gilt nun Gleiches oder Ähnliches von den Teilen B¹⁰⁰⁾?

Die faktische Marktbeherrschung der öffentlichen Hand als Nachfrager ist nicht so eindeutig, wie dies bei den Energieversorgungsunternehmen der Fall ist. Zwar ist sie häufig Nachfragemonopolist, und für die betreffenden Produzenten haben die Verdingungsordnungen dann unter Umständen die gleiche Wirkung wie die Versorgungsbedingungen für die Allgemeinheit. Trotzdem ist der Kreis der Adressaten bei der Einführung der Teile B noch nicht so festgelegt und es fehlt vor allem die restlose Abhängigkeit von den Verwaltungsträgern. Für die Einführungserlasse der Teile B kann man daher nicht sagen, sie seien wegen der tatsächlichen wirtschaftlichen Macht der öffentlichen Auftraggeber Rechtsverordnungen. Später¹⁰¹⁾ wird diese Tatsache der wirtschaftlichen Macht wieder als Anreiz dafür auftauchen, privatrechtliche Rechtsverhältnisse dem öffentlichen Recht zu unterstellen. Dort erfolgt eine Auseinandersetzung mit diesen Gedankengängen, die besonders nach Erlaß des GWB keine Berechtigung mehr haben.

Die Teile B sind also Allgemeine Geschäftsbedingungen und für die Behördenauftraggeber Verwaltungsanordnungen, da sie Inhalt der Einführungs-erlasse waren.

c) Die Teile C und D enthalten nur technische Normen. Da auch an sie die Behördenauftraggeber gebunden sind, wurden sie ebenfalls Verwaltungs-anordnungen.

2. Kapitel: Die Verdingungskartelle in der Rechtsordnung

1. Die Behandlung der Verdingungskartelle

1. Verdingungskartelle in den Verdingungsordnungen

Die Verdingungsordnungen gewähren den Vergabestellen gegenüber den Verdingungskartellen besondere Rechte: Die Angebote von Bietern, die an einer Preisabsprache teilgenommen haben, bleiben unberücksichtigt. Nach VOL/A 24, V muß die Absprache zum Nachteil des Auftraggebers geschlossen sein, nach § 25 1d VOB/A genügt schon die Tatsache der Absprache schlechthin. Erfährt der Nachfrager von der Preisabsprache erst später nach Vertrags-schluß, gewährt ihm § 9, V VOL/B ein Rücktrittsrecht, wenn ein Sittenverstoß und Nachteil für ihn gegeben ist; nach § 8 IV VOB/B genügt bereits wieder die Tatsache der Preisabsprache. Diese Maßnahmen ergeben sich aus dem in §§ 2 der Teile A begründeten Wettbewerbsprinzip. Wenn zur Verdingung der Wettbewerb gehört, muß dieser auch erhalten werden. Daß der Wettbewerb bei der Verdingung besonders geartet sein muß, zeigen die „Verdingungs-kartelle“. Ihre Entstehungsgründe im Zusammenhang mit den Verdingungs-ordnungen sind daher im folgenden zu suchen.

2. Entstehungsgründe der Verdingungskartelle

Wenn die Verdingung die „Personifikation des Wettbewerbs“ ist,¹⁰²⁾ hat der Auftraggeber eine sehr günstige Stellung. Er ist rechtlich ungebunden gegen-über der Vielzahl von Angeboten. Die Auftragnehmer versuchen ins Geschäft durch gegenseitiges Unterbieten zu kommen.

Die Hoffnung auf Anschlußaufträge des gleichen Auftraggebers ohne Aus-schreibung, auf eine Nachbewilligung nach § 50 I, 2 RHO, dessen Voraus-setzungen wegen des Grundsatzes „pacta sunt servanda“ aber nur sehr schwer zu erfüllen sind,¹⁰³⁾ und das häufige Angewiesensein auf den Nachfrage-monopolisten sind einige der Gründe, die zu Krisen für ganze Wirtschaftszweige geführt haben. Diese Verdingungsschäden sollen durch die Verding-ungskartelle verhindert werden. Bei jeder Verdingung – insbesondere auch im Bauwesen – spielt sich die Konkurrenz nicht auf dem Gütermarkt ab, sondern sie geht um den Einzelauftrag. Der Leistungsgegenstand ergibt sich erst nach Vertragsschluß¹⁰⁴⁾. Die Angebotsunterbreitung ist daher häufig mit hohen Unkosten verbunden: Berechnungen, Messungen u. ä. Auch dem wollen die Bieter aus dem Weg gehen, indem sie Absprachen treffen, daß wirklich

nur einer mit diesen Kosten belastet ist. Daraus ergibt sich, daß Verdingungskartelle meistens erst aus Anlaß der Ausschreibung jeweils gegründet werden können.

Die Ursachen für die Kartellbildung im Bauwesen hat zuletzt Crome untersucht,¹⁰⁵⁾ und der interministerielle Arbeitskreis „Wettbewerb Bau“ der Bundesregierung hat sich allgemein mit den Fragen des Wettbewerbs in der Bauwirtschaft befaßt. Die Ergebnisse, zu denen beide Berichte gelangen, können einen wichtigen Beitrag zum Verständnis der Preisabsprachen bei Ausschreibungen liefern. Zugleich wird sich aber auch zeigen, daß die Preisabsprachen, wenn Auftraggeber und Auftragnehmer richtig zusammenwirken, nicht die ultima ratio sind.

Der Bericht des Arbeitskreises geht von der wirtschaftlichen Lage des Baugewerbes aus: Es fehlt noch eine kontinuierliche Beschäftigung; als „Bereitschaftsgewerbe“ muß es Saisonspitzen decken. Das Bauvolumen ist von 1950 bis 1958 real – preisbereinigt – um 83% gestiegen, während der gleichen Zeit stieg die Beschäftigtenzahl um 32%. Der Strukturwandel von einem lohnintensiven zu einem kapitalintensiven Betrieb – 1950 pro Beschäftigten 1,0 to Geräte, 1956 1,64 to – hat bei der mittelständisch geprägten Bauwirtschaft zu einer Kapitalarmut geführt. Selbst bei den Aktiengesellschaften hat die Bauindustrie nur 26% gegenüber sonst 46% Eigenkapital in der stationären Industrie.

Wenn man in dieser Lage bedenkt, daß ca. 50% des gesamten Bauvolumens durch öffentliche Mittel bestimmt wird, wobei einige Zweige praktisch ganz die öffentliche Hand beherrscht – Wasser, Straßenbau –, erkennt man die Bedeutung der Ausschreibung für die Entstehung von Verdingungskartellen.

§ 9 VOB/A und § 4 VOPR 8/55 fordern genaue Leistungsbeschreibungen durch den Auftraggeber. Wenn dies in der Praxis häufig nicht geschieht, suchen die Bieter eine Verständigung, um die Vorkosten zu verringern, da nur jedes 20. bis 25. Angebot zum Zuschlag führt, statische Berechnungen einheitlich anstellen zu können, und das Risiko so zu verringern.

Eine nach den Verdingungsordnungen mögliche beschränkte Ausschreibung in den Fällen, in denen nur qualifizierte Firmen – Erfahrung, Geräte – in Frage kommen, würde die möglichen Angebote von Außenseitern verhindern, so daß die qualifizierten Firmen sich nicht gegen diese zu schützen brauchten. Diese Ansicht Cromes mag zwar manchmal zutreffen, ist aber doch gefährlich. Daher ist diesem Schutz gegen Verdingungskartelle nur mit großen Bedenken zu folgen. Die Vergabebehörden erwarten – trotz entgegenstehender Anweisungen aller Behörden – häufig bei beschränkter Ausschreibung von allen angeschriebenen Firmen ein Angebot, sonst werden sie nicht mehr berücksichtigt. Wenn also zur Ausführungszeit ausgelastete Firmen sich schützen wollen, treffen sie Absprachen, um Schutzangebote abgeben zu können.

Wenn Kommunen aus gewerbesteuerlichen Gründen einerseits Einheimische beauftragen wollen, andererseits aber ihrer Verpflichtung nach § 44 GemHVO¹⁰⁶⁾ nachkommen wollen, werden auswärtige Bieter nur benutzt, um

ein formgerechtes Verdingungsprotokoll zu haben. Die Antworten der Bieter sind die „wilden Preisabsprachen“ zwischen den kleinen Unternehmen.

§ 25, II, 2 VOB/A fordert, daß zu auskömmlichen Submissionspreisen vergeben wird. Zwar soll nicht auch noch das unrentabelste Unternehmen einen Gewinn erzielen; in die engere Wahl sollen aber nur solche Unternehmen kommen, „deren Preise mindestens so hoch sind, daß der Bieter bei einwandfreier Ausführung damit noch auskommen kann, wenn er seine Kosten auf der Grundlage eines rationalisierten Betriebes bei sparsamer Bewirtschaftung veranschlagt“¹⁰⁷⁾. Auch der Nachfrager hat nur bei „auskömmlichen“ Preisen die Gewähr, daß er eine einwandfreie Leistung erhält. Den Vergabebeamten werden daher Richtlinien gegeben: LSPOA und Daub: Richtlinien S. 83 ff. Crome und der Arbeitskreis beschäftigen sich mit der besonderen Ausbildung der Vergabebeamten¹⁰⁸⁾. Auf die Reformvorschläge ist hier nicht einzugehen. Solange aber die Gefahr besteht, daß das billigste Angebot den Zuschlag erhält und nicht das auskömmliche, versuchen natürlich die Firmen hier durch Preisabsprachen sich zu schützen¹⁰⁹⁾. Dabei müssen die Unterselbstkostenangebote aber nicht immer wettbewerbswidrig und unlauter sein. Durch die Mechanisierung der Bauindustrie werden die kalkulatorischen Kosten, Abschreibung und Verzinsung, und nicht der Aufwand für den Bau verändert, so daß hier eine größere Beweglichkeit entsteht. Aber selbst wenn Verdingungskartelle nur den Inhalt haben, die Unterselbstkostenangebote zu vermeiden, bedeuten sie einen Verstoß gegen § 1 GWB¹¹⁰⁾.

Schließlich ist ein Grund für die Entstehung der Verdingungskartelle die Schwierigkeit der Kalkulation. Die wetterbedingte Beschäftigungslosigkeit, die natürlichen Gegebenheiten, auf die die „fliegende Fabrik“ stößt, z. B. Grundwasser, sind nur schwer erfaßbar. Da die kleinen und mittleren Firmen sich häufig nicht das erforderliche kaufmännisch-technisch ausgebildete Personal leisten können, sind sie darauf angewiesen, sich an Preisabsprachen zu beteiligen, um die Kalkulation anderer zu übernehmen. Diese Aufgabe könnten aber Organisationen der Verbände der Bauindustrie übernehmen¹¹¹⁾. Gegen solche Organisationen ist vom Standpunkt des GWB solange nichts einzuwenden, als sie nur der Kostenrechnung der einzelnen Betriebe, nicht aber der Kalkulation der einzelnen Ausschreibungsprojekte dienen. Nur so wird die Gefahr der betriebsfremden Risiken oder dem „Kostenmachen kleiner Betriebe“ begegnet¹¹²⁾.

Der Unternehmer muß also den Preis, den er erzielen will, sich jeweils selbst aus den Unterlagen der Kostenrechnungsstelle ermitteln. Er muß also für seinen Betrieb 1. die Herstellungskosten, die sich a) aus den Einzelkosten der Teilleistungen für Löhne und Stoffe, b) den Sonderkosten, c) den Gemeinkosten für eine Baustelle zusammensetzen, 2. die Selbstkosten, die zusätzlich die allgemeinen Geschäftskosten als weiteren Fall der Gemeinkosten und die Umsatzsteuer enthalten, und 3. den Gesamtpreis errechnen, der noch den Anteil für Wagnis und Gewinn enthält¹¹³⁾.

Wenn bei der Vergabe öffentlicher – besonders Bauaufträge – die Gründe für eine Kartellbildung sehr nahe liegen, bedeutet das aber nicht, daß der

Wettbewerb nicht funktionsfähig sei¹¹⁴). Auftraggeber und Auftragnehmer müssen vielmehr zusammenwirken und die Verdingungsordnungen richtig erfüllen, um den Wettbewerb zu erhalten. Die Empfehlungen des interministeriellen Arbeitskreises weisen in dieser Richtung¹¹⁵).

3. Rechtsform der Verdingungskartelle.

Wenn sie auch nicht entstehen sollen, so darf doch nicht ihre tatsächliche rechtliche Struktur unerwähnt bleiben. Sie sind „Zusammenschlüsse, bei denen sich die Bewerber um eine Ausschreibung von Lieferungen oder Sachleistungen zusammenfinden, um durch eine Besprechung und Regelung der Angebotspreise und der sonstigen Verdingungsbedingungen ein gegenseitiges Unterbieten zu verhindern“¹¹⁶). Bergemann Gorski weist drei Hauptformen nach, unter denen sich Verdingungskartelle bilden¹¹⁷). Gelegenheitsvereinbarungen, Verbandszusammenschlüsse mit Meldepflicht und Verbandszusammenschlüsse mit Meldepflicht und Einigungszwang. Die verschiedenen Ausschreibungen eignen sich in verschiedenem Maß zu einer dieser Kartellarten. Bei der Gelegenheitsvereinbarung geht der Anstoß zur Preisabsprache von der Firma aus, die am meisten am Zuschlag interessiert ist. Um sicher zu gehen, wird nicht nur diese Firma das günstigste Angebot abgeben, sondern die anderen Firmen staffeln sich so, daß das geschützte Angebot als das „wirtschaftlichste“ im Sinne § 25 II, 2 u. 3 VOB/A erscheint. Die Meldepflicht ist vor allem gegenüber der beschränkten Ausschreibung eine Abwehr der Bieter. Die Meldestelle übeträgt einem der Bieter die Verhandlungsführung, die wie bei der Gelegenheitsvereinbarung erfolgt. Bei dem Einigungszwang müssen die Bewerber an der Kartellverhandlung teilnehmen und sich auf ein Schutzgebot einigen. Als Gegenleistung hat der Geschützte bei allen Formen einen Ausgleichsbetrag zu zahlen, der sich nach der Angebotssumme richtet und die Vorkosten decken soll. Besonders bei dem Einigungszwang erfolgt der Ausgleich häufig durch Quoten, da eine bestimmte Reihenfolge wegen der Individualität der Bauleistung nicht möglich ist. Wenn Müller Henneberg¹¹⁸) die Fälle der Ausgleichspflicht als besondere Kartellart aufführt, so ist dem entgegenzuhalten, daß in allen Fällen eine Ausgleichspflicht vereinbart werden kann. Ob die Ausgleichspflicht nur die Verdingungsschäden¹¹⁹) oder entgangenen Gewinn betrifft, hat nur Bedeutung für das rechtliche Unwerturteil über das betreffende Kartell nach dem bürgerlichen Recht¹²⁰).

Auch die zuletzt bekannt gewordenen Verdingungskartelle¹²¹) waren wilde oder gelenkte Preisabsprachen. An den „wilden“ Absprachen, die wirtschaftlich deswegen gefährlicher sind, weil nicht die Notwendigkeit der dauernden Zusammenarbeit mit ihrem ausgleichenden Einfluß und dem Verantwortungsgefühl besteht, haben vor allem kleinere Firmen teilgenommen. Für große Firmen bestand dagegen ein über das ganze Bundesgebiet verbreitetes Meldesystem. Bei der Registrierung wurde ein Punkt-Gutschein und Kontokorrent-System unterschieden.

Die Gelegenheitsvereinbarungen haben regelmäßig die Form der BGB-Gesellschaft. Die zusammengetretenen Firmen schließen einen Vertrag zur Ge-

staltung der betreffenden Ausschreibung und die Gesellschafter übernehmen die Verpflichtung, im Zusammenwirken bestimmte Preisangebote abzugeben. Das Kartell als juristische Person hat im Verdingungswesen keine Verbreitung gefunden.¹²²⁾ Bei den Verbänden entstand eine Doppelgesellschaft: die jeweiligen Bieter als BGB-Gesellschaft oder nicht rechtfähiger Verein, der Verband als Verwaltungsgorgan.

4. Die rechtliche Behandlung der Verdingungskartelle.

a) Die Behandlung außerhalb der Kartellgesetze.

Die Verdingungskartelle sollen die ersten Kartellbildungen gewesen sein¹²³⁾. Schon im Preußischen Allgemeinen Landrecht¹²⁴⁾ finden sich daher Strafvorschriften gegen die Lizitation. Diese Vorschriften wurden durch das Preuß. StGB von 1851 in § 270 ersetzt, der sich gegen das „Abhalten vom Bieten“ richtete¹²⁵⁾.

1934 erging eine Verordnung über Verdingungskartelle bei Bauleistungen¹²⁶⁾, die eine Mitteilungspflicht für Preisabsprachen bei öffentlichen Aufträgen einführte. Die Verdingungskartell VO¹²⁷⁾ verbot zwar auch nicht die Absprachen der Anbieter überhaupt, forderte aber eine Einwilligung der Vergabebehörde. Schlechthin verboten wurden Verdingungskartelle durch § 6 Preisbildungsverordnung¹²⁸⁾. Eine Einführung des Lizitationsverbots in das StGB war zwar 1930 geplant, wurde aber nicht verwirklicht¹²⁹⁾.

Das RG stellte im Jahre 1936 fest, Verdingungskartelle gegenüber dem schrankenlosen Unterbieten seien als Abwehrmaßnahmen der Gewerbetreibenden grundsätzlich zulässig, wenn sie nicht zu einer Preiserhöhung für den Auftraggeber führen sollten oder in unlauterer Weise den Wettbewerb beeinträchtigten¹³⁰⁾.

Außerhalb der Kartellgesetzgebung wurden die Verdingungskartelle also aus wirtschaftspolitischen Erwägungen gerechtfertigt oder verboten.

b) Die Stellungnahme der Kartellgesetze zu den Verdingungskartellen.

Unter der Kartellverordnung von 1923 unterfielen die Verdingungskartelle der Mißbrauchsaufsicht des § 1. Tatsächlich waren sie weit verbreitet. Besonders bestand ein weitverzweigtes Meldesystem¹³¹⁾. Es bestätigt sich hier besonders die Aussage von Lehnich (Wettbewerbsbeschränkung S. 342 und 457) und Fikentscher (Wettbewerb S. 173), daß die KartVO die Kartellbildung beschleunigte. Da die Kartellverordnung vom Kartelltatbestand ausging¹³²⁾, war hier die Fragestellung, ob das Verdingungskartell ein Sonderfall des Kundenschutzabkommens, ein Angebotsverteilungskartell, eine Kontingentierungsvereinbarung oder eine besondere Kartellart sei¹³³⁾. Da das Werben eines Kunden verhindert werden soll, kann man das Verdingungskartell wohl als Kundenschutzabkommen auffassen.

Verdingungskartelle verstießen gegen die Alliierten Dekartellisierungsvorschriften MRG-56 und MRVO 78¹³⁴⁾.

Das GWB hat im § 1 Verträge für unwirksam erklärt, die geeignet sind, die Marktverhältnisse durch Beschränkung des Wettbewerbs zu beeinflussen. Da jede Form der Abrede, auch die gelegentliche, auf dem jeweils zustandekom-

menden Markt zwischen Anbieter und Nachfrager eine Beschränkung des Wettbewerbs bedeutet, ist es allgemeine Meinung, daß die Verdingungskartelle nach § 1 GWB unwirksam sind¹³⁵). Dies gilt, entgegen der Ansicht des OLG Düsseldorf¹³⁶) auch, wenn nur zwei Bieter von mehreren eine Absprache getroffen haben, da auf dem durch die Ausschreibung geschaffenen Markt die Entscheidungsfreiheit der Vertragspartner beeinträchtigt wird, und die Zahl der Wettbewerber verringert wird¹³⁷).

Auch wenn die Verdingungskartelle Abwehrkartelle sind, rechtfertigt das keine Ausnahme von § 1 GWB, da die „rule of reason“ im deutschen GWB nur in bestimmten Vorschriften einen Ausdruck gefunden hat, grundsätzlich aber kein Rechtsprinzip ist. Die Ausschaltung der Schmutzkonkurrenz, Monopolstellung des Auftraggebers und hohe Unkosten¹³⁸) ergeben keine wirtschaftspolitisch begründete „rule of reason“, die eine Anwendung des § 1 GWB verhindern würde¹³⁹). Daß das GWB den Interessen der Bauwirtschaft Rechnung trägt, zeigt § 5 IV GWB. Die Angebotsschematavereinbarungen haben keinen Wettbewerbscharakter, da sie nur durch eine einheitliche Leistungsbeschreibung dem Auftraggeber ermöglichen, das günstigste Angebot zu finden¹⁴⁰). Außerdem wird der innerbetriebliche Kostenvergleich für die Bieter ermöglicht¹⁴¹).

II. Kartellvertrag und Einzelvertrag des Kartellmitglieds.

1. Einzelvertrag und GWB.

§ 1 GWB läßt den Einzelvertrag unberührt; § 35 GWB gewährt nur Schadensersatzansprüche; § 22 IV und § 19 geben der Kartellbehörde nur in Ausnahmefällen Eingriffsrechte in die Verträge mit der Marktgegenseite. Im übrigen aber sollen die allgemeinen Vorschriften gelten § 19 I GWB. Das bedeutet, daß auf die allgemeinen Grundsätze des bürgerlichen Rechts zurückzugreifen ist¹⁴²). Die umfangreichen Verweise auf die amerikanische Rechtsprechung müssen wegen des anderen Rechtsdenkens unbeachtlich bleiben. Grundsätzlich halten die amerikanischen Gerichte aber die Kundenverträge aufrecht, wenn in ihnen selbst nicht ein Verstoß gegen die Antitrustgesetzgebung gegeben ist¹⁴³).

2. Anwendung des § 134 und § 138 BGB auf den Einzelvertrag.

Gegen die einmal geäußerte Ansicht des BGH¹⁴⁴), mit § 134 BGB zu einer teilweisen Umgestaltung des Vertrages zu kommen, da die Dekartellisierungsgesetze keine gänzliche Nichtigkeit forderten, spricht schon die Begründung des Gerichts.

Der Verweis auf das Preisrecht ist unzutreffend, da mit diesen Vorschriften spezielle wirtschaftspolitische Ziele verfolgt werden¹⁴⁵). Vor allem aber wird in den Kundenvertrag nicht die Preisabsprache „aufgenommen“. Der Kartellvertrag ist lediglich ein Motiv für den einen Vertragspartner, zu bestimmten Bedingungen abzuschließen. Man kann also höchstens von einer Aufnahme im wirtschaftlichen Sinne sprechen. Diese hat aber keinen Einfluß auf das

Rechtsgeschäft. Aus diesen Gründen ist die Entscheidung abzulehnen¹⁴⁶⁾. Daß das GWB nicht einmal die Kartellverträge selbst nach § 134 BGB behandelt, zeigen die §§ 2–8, da hier der Vertragsschluß Erlaubnisvoraussetzung ist und § 13 II, wenn er den Rücktritt von einem nicht genehmigten Kartell gewährt¹⁴⁷⁾.

In einer weiteren Entscheidung sah der BGH¹⁴⁸⁾ auch keinen zwingenden Grund mehr, den Vertrag, der den Dekartellisierungsvorschriften zuwider die Allgemeinen Deutschen Spediteurbedingungen zugrunde legte, nach § 134 BGB zu behandeln. Die Rechtssicherheit würde bei der weiten Verbreitung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen beeinträchtigt. Vor allem aber müßten die allgemeinen Grundsätze des bürgerlichen Rechts beachtet werden. Danach ist der Kundenvertrag selbständig. Die kartellrechtlichen Entscheidungen des Gesetzgebers haben nur da ihre Wirksamkeit, wo die Wettbewerbsbeschränkungen vorliegen. Aus systematischen Gründen muß also nach den Grundsätzen des bürgerlichen Rechts der Kundenvertrag erhalten bleiben^{149) 150)}.

Der Kundenvertrag wird also durch die verbotene Kartellabsprache nicht nach § 134 BGB berührt. Auch eine Nichtigkeit nach § 138 BGB tritt nicht ein, da der Kundenvertrag nicht nach Inhalt, Zweck und Form für beide Parteien gegen die guten Sitten verstößt¹⁵¹⁾.

3. Anfechtung des Einzelvertrags wegen Teilnahme an einem Kartell.

Für den Nachfrager besteht eine Anfechtungsmöglichkeit des Einzelvertrages nach § 123 II BGB – das Vertragsangebot ist eine empfangsbedürftige Willenserklärung – wenn der Bieter durch arglistige Täuschung den Vertragsabschluß herbeiführte. Ohne daß eine Vermögensschädigung einzutreten braucht, reicht jedes vorsätzliche Verhalten mit dem Ziel der Irrtumserregung¹⁵²⁾. Da keine grundsätzliche Aufklärungspflicht besteht, ist eine Täuschung nur gegeben, wenn der Nachfrager positiv die Teilnahme an einem Verdingungskartell erfahren will¹⁵³⁾. Die gegenteilige Ansicht des LG Arnsberg¹⁵⁴⁾ kann nicht überzeugen. Wenn auch alle Kausalitätserfordernisse gegeben sind, und der Bieter ausdrücklich eine falsche Auskunft gibt, kann der Nachfrager also den Vertrag anfechten.

Eine Anfechtungsmöglichkeit nach § 119 II BGB kann bestehen. Der Nachfrager muß sich dann bei der Abgabe seiner Willenserklärung, der Vertragsannahme, in einem Irrtum darüber befunden haben, daß der Bieter Kartellmitglied ist. Dieses ist eine Eigenschaft i. S. des § 119 II BGB, denn darunter sind auch alle rechtlichen und tatsächlichen Verhältnisse der Person zu verstehen, die in unmittelbarer Beziehung zum Geschäftsinhalt stehen¹⁵⁵⁾. Die Eigenschaft des Bieters, Kartellmitglied zu sein, steht in einer solchen Beziehung. Gerade nach Erlaß des GWB kann man es als verkehrswesentlich ansehen, daß der Vertragspartner eine Preisabsprache getroffen hat. Die verständige Würdigung des Einzelfalles, die „subjektive Ursächlichkeit¹⁵⁶⁾“ muß vorliegen. Bereits nach den Verdingungsordnungen braucht der Auftraggeber nicht in allen Fällen von seinen Rechten Gebrauch zu machen. Im Einzelfall

kann der im Verdingungskartell entstandene Preis für den Auftragnehmer sogar günstiger als der Wettbewerbspreis sein¹⁵⁷). § 1 GWB richtet sich gegen jede Wettbewerbsbeschränkung und nicht nur gegen den Mißbrauch wie die Kartellverordnung. Da grundsätzlich jeder Wirtschaftende möglichst billig einkaufen will, kann also die verständige Würdigung des Einzelfalles die Anfechtung ausschließen. Ferner muß auch bei § 119 Abs. 2 BGB die Willensbildung positiv durch den Irrtum beeinflusst sein. Es genügt auch hier nicht einfache Unkenntnis des Nachfragers. Außerdem besteht die Schwierigkeit der richtigen Erkenntnis für die Vertragsparteien, ob sie sich überhaupt an einer Preisabsprache beteiligt haben¹⁵⁸). Wenn aber alle Voraussetzungen gegeben sind, kann der Einzelvertrag wegen Teilnahme an einem Verdingungskartell angefochten werden. Auf diesem Weg kann also das GWB einen Einfluß auf den Kundenvertrag ausüben.

4. Schadensersatzansprüche gegen den Teilnehmer an einem Verdingungskartell.

a) Zunächst einmal besteht nach Anfechtung nach § 119 Abs. 2 BGB der Anspruch aus § 122 BGB. Beim Vorliegen des § 123 BGB kann unter Umständen § 126 BGB eingreifen.

b) Schadensersatzanspruch aus § 35 GWB in Verbindung mit § 1 GWB. Der Gesetzgeber hat nicht entschieden, welche Vorschriften Schutzgesetze im Sinne § 35 GWB sind. Es soll an die Erkenntnisse zu § 823 Abs. 2 BGB angeknüpft werden¹⁵⁹). Das GWB enthält nur eine Erweiterung, da auch die Verfügungen der Kartellbehörde in den Schutzbereich einbezogen sind. Erforderlich für die Anerkennung eines Schutzgesetzes ist, daß die betreffende Rechtsvorschrift allein oder in Verbindung mit anderen Zwecken dem Schutz einer individuellen Person oder eines Personenkreises dient¹⁶⁰). Zum Schutz des Einzelnen sind daher auch die Gesetze bestimmt, die die Gesamtheit der Staatsbürger als Summe der einzelnen schützen, nicht aber diejenigen, die die Gesamtheit als solche schützen. Wenn der Schutz des Gesetzes dem Einzelnen nur mittelbar zugute kommt, ist es kein Schutzgesetz¹⁶¹).

Für die Dekartellisierungsgesetze hatte sich keine einheitliche Meinung darüber gebildet, ob sie in ihrer Gesamtheit Schutzgesetze seien¹⁶²). Der BGH hat zu der Frage, ob das Verbot von Preisabsprachen ein Schutzgesetz sei, weder für die Dekartellisierungsgesetze, noch für das GWB entschieden¹⁶³). In anderen Entscheidungen hat er als Schutzgesetze anerkannt: Das Verbot von Ausschließlichkeitsbindungen¹⁶⁴), da sie mindestens auch den Schutz einzelner bezweckten, und § 16 GWB¹⁶⁵).

Ob das Verbot von Preisabsprachen ein Schutzgesetz ist, wird auch in der Literatur uneinheitlich beantwortet.

Alle Autoren, die den Sinn des GWB vorwiegend darin sehen, die Institution der Marktwirtschaft zu stabilisieren, lehnen den Schutzgesetzcharakter ab. Wenn also Würdinger¹⁶⁶) und Ballerstedt¹⁶⁷) § 1 GWB nicht als Schutzgesetz anerkennen, ist das für ihre Auffassung konsequent. Auch der BGH¹⁶⁸) hat

sich in ähnlicher Weise über den Sinn des GWB ausgesprochen. Ballerstedt führt aus, der Preis des vollständigen Wettbewerbs sei ein ökonomisches Denkmodell, daher für eine Rechtsfindung ungeeignet und folglich auch keine Schutznorm. Flume¹⁶⁹⁾ weist demgegenüber nach, die Gegenüberstellung Würdingers von amerikanischem und deutschem Recht sei zu einseitig, Schadenersatzansprüche seien nach beiden möglich. Restlos überzeugend ist aber Flumes Ablehnung der Ansichten Würdingers und Ballerstedts deshalb nicht, da er sagt, „die allgemeine Institution sei zugleich um des Schutzes des Einzelnen willen unter das Verbotsgesetz gestellt“. Hier klingt der Gedanke eines Reflexrechtes an. Jedes Gesetz wirkt letztlich auf den Einzelnen zurück. Flume kommt daher auch zu dem Ergebnis, nur bei konkreter Preisabsprache werde gegen ein Schutzgesetz verstoßen, nicht dagegen, wenn sich ein Marktpreis eingespielt habe. Das ist aber eine Frage des Schadens und darf nicht mit der anderen Voraussetzung des Anspruchs, Schutzgesetz, verwechselt werden¹⁷⁰⁾.

Wenn man dagegen den Sinn des Gesetzes nicht vorwiegend in der Ordnung der Wirtschaft sieht, sondern davon ausgeht, daß § 1 auch oder vor allem den Schutz der wirtschaftlichen Freiheit des Wettbewerbers bezweckt, stellt sich die Frage unter einen neuen Aspekt¹⁷¹⁾. Wer ist der eigentlich Geschützte des § 1 GWB, der Vertragspartner der Marktgegenseite? Nicht entscheidet für § 823 Abs. 2 BGB und § 35 GWB, daß ein Schutzgesetz besteht, sondern es muß eine Angriffshandlung gegen den Anderen vorliegen, also in der Schutzrichtung¹⁷²⁾.

§ 1 GWB verbietet Wettbewerbsbeschränkungen nur auf einer Marktseite. Die wirtschaftliche Freiheit der Mitbewerber soll geschützt werden, ihre Entfaltungsfreiheit bei der Teilnahme am Wettbewerb ist also Schutzzweck des Gesetzes. Die Freiheit von Wettbewerbsbeschränkungen kommt zwar auch der Marktgegenseite zugute, da der Wettbewerbspreis regelmäßig der günstigste ist. Das ist aber eine Reflexwirkung und nicht der Schutzzweck des Gesetzes. Aus diesem Grunde ist § 1 GWB kein Schutzgesetz für den Dritten bei horizontalen Preisabsprachen¹⁷³⁾.

Für das hier gefundene Ergebnis spricht auch die vom BGH¹⁷⁴⁾ geforderte Rechtssicherheit. Das Wirtschaftsleben würde gestört, wenn alle Verträge von Kartellmitgliedern Schadenersatzansprüche auslösten. Wenn freilich durch den Vertrag des Kartellmitglieds gegen andere Schutznormen verstoßen wird, z. B. ein Eingriff in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb vorliegt, bleiben diese Ansprüche bestehen¹⁷⁵⁾.

Weiterhin wäre die Feststellung des Schadens bei dem Kunden der Kartellmitglieder sehr schwierig. Es ist unmöglich, einen Wettbewerbspreis zu bilden, wenn kein Wettbewerb vorlag¹⁷⁶⁾, weshalb Flume auch den Schadenersatzanspruch auf konkrete Absprachen beschränken will. Wenn die Gerichte einen angemessenen Preis finden sollten, müßten autoritative Gutachten der Preisbehörden immer dann angewandt werden, wenn das die Freiheit schützende Gesetz verwirklicht werden soll. Durch § 249 BGB könnte dann von staatlicher Seite ständig in die Preisentwicklung eingegriffen werden¹⁷⁷⁾.

Fraglich ist weiter, ob der Kunde einen Schaden erlitten hat. Als Unternehmer wird er den vielleicht höheren Preis auf die nächste Wirtschaftsstufe abwälzen. Wenn er ihn nicht überträgt, könnte er vielleicht gerade deshalb gegenüber einem Konkurrenten im Geschäft bleiben, und er erzielt so noch einen Gewinn¹⁷⁸⁾. Bei der Ausschreibung öffentlicher Aufträge wird nicht die Vergabebehörde mit dem Schaden belastet, sondern der ganze Personenkreis, für den die Behörde Treuhänder ist, mit dessen Haushaltsmitteln sie wirtschaftet, da höhere Steuern aufzubringen sind, u. U. auch von dem Mitglied des Verdingungskartells¹⁷⁹⁾.

Der Teilnehmer an einer verbotenen Preisabsprache wird also in der Regel nur bei Vorliegen von §§ 123, 119, 823 Abs. 1 (eingerichteter und ausgeübter Gewerbebetrieb) und § 826 BGB zum Schadensersatz verpflichtet sein.

5. Die Verfolgung der verbotenen Preisabsprachen.

Durch den Abschluß eines Verdingungskartells und die Ausführung des Rechtsgeschäfts begeht der Submittent eine Ordnungswidrigkeit nach § 38 Abs. 1, 1 GWB. Für einen Schadensersatzanspruch müßte die Strafnorm dem Individualschutz dienen¹⁸⁰⁾. Die Ordnungswidrigkeit hat aber keine Beziehung zu einer Person, da nur ein Verwaltungsschaden eintritt. Die Begehung einer Ordnungswidrigkeit ist ein Verstoß gegen die Erfordernisse der Opportunität¹⁸¹⁾.

Aber nicht nur der geschützte Bieter, sondern auch die anderen Teilnehmer der Preisabsprache, die Schutzgebote abgeben, setzen sich über die „Unwirksamkeit“ hinweg und ihr Verhalten ist mit einer hohen Geldbuße bedroht¹⁸²⁾¹⁸³⁾. Sogar der Unternehmer, der unter dem Schutze einer Submissionsabsprache dem Bauherrn ein niedrigeres Angebot abgibt, als es nach der Absprache von ihm hätte gemacht werden sollen, begeht eine Ordnungswidrigkeit¹⁸⁴⁾.

Wenn also aus der Kartellabsprache keine Schadensersatzansprüche in der Regel gegen die Bieter entstehen, so bedeutet das keine Erleichterung für den Abschluß von Verdingungskartellen. Die Höhe der Buße, die dem Ausführenden den dreifachen Gewinn wegnehmen kann, ist für die Bieter oft eine höhere Belastung als der schwer nachzuweisende Schadensersatzanspruch.

6. Vergleich der Einwirkung des Verdingungskartells auf den Einzelvertrag zwischen der allgemeinen Regelung und den Bestimmungen der Verdingungsordnungen.

Wenn nach § 11 VOL/A und § 10 VOB/A die Teile B Vertragsbestandteil werden, so ist damit die allgemeine Regelung nicht ausgeschlossen. Statt des Rücktritts oder der Kündigung kann die Vergabestelle also auch die unter II, 3 und 4 genannten Rechte geltend machen. Die Verdingungsordnungen schließen das nicht aus¹⁸⁵⁾. Die Befugnisse, die den Vergabestellen durch die Verdingungsordnungen eingeräumt sind, gehen aber wesentlich weiter als die allgemeinen Grundsätze, besonders in der VOB. Durch die Ausschreibung kommt zwar noch kein Vertragsverhältnis, wohl aber das gesetzliche Schuld-

verhältnis der culpa in contrahendo zustande¹⁸⁶). Es bedeutet aber keinen Verstoß gegen Treu und Glauben, wenn die Bieter ein Verdingungskartell abschließen, das nicht zu einem Nachteil für den Auftraggeber führt, da nur das Beziehungsverhältnis zwischen den Vertragsparteien unter diesem Grundsatz steht. Wenn sich die Vergabebehörden trotzdem die weitgehende Ablehnungsmöglichkeit der Bieter erhalten, die an einer Preisabsprache teilgenommen haben, so ist das nach den Grundsätzen der Vertragsfreiheit zulässig. Es wird aber zu überprüfen sein, ob in dieser Befugnis nicht die mißbräuchliche Ausnutzung einer starken Machtstellung liegt, die nach den Grundsätzen des GWB eingeschränkt werden muß¹⁸⁷).

3. Kapitel: Regelung der Vergabe öffentlicher Aufträge im öffentlichen oder privaten Recht

I. Bedeutung dieser Frage für das GWB.

Die im § 1 GWB genannten Verträge und Beschlüsse müssen sich auf die Regelung der Marktverhältnisse beziehen. In der Begründung des Regierungsentwurfs¹⁸⁸) wird gesagt, das Gesetz richte sich dagegen, daß „der Wettbewerb im geschäftlichen Verkehr ausgeschlossen wird, also innerhalb des Gebiets wirtschaftlicher Vorgänge, die durch privatrechtliche Rechtsgeschäfte abgewickelt werden“. „Nicht dagegen will das Gesetz Leistungen erfassen, die aufgrund hoheitlicher Bestimmungen gegeben oder gefordert werden.“ In den anschließend genannten Beispielen wird das Vergabewesen nicht erwähnt.

Bei der Anwendung des GWB darf kein öffentlich-rechtliches Beziehungsverhältnis bestehen¹⁸⁹). Die Vergabe öffentlicher Aufträge unterfällt also nur dem GWB, wenn die Behörden dabei am Privatrechtsverkehr teilnehmen. Anforderungen nach dem Bundesleistungsgesetz¹⁹⁰) z. B. scheiden für eine Beurteilung nach dem GWB von vornherein aus.

II. Die Vorschriften für die Beschaffung der öffentlichen Hand.

Drei Gruppen von Vorschriften sind hier zu nennen. Die Verdingungsordnungen regeln den Vorgang der Auftragserteilung. Die Preisvorschriften, VOPR 30/53 für Lieferungen und Leistungen¹⁹¹), VOPR 8/55 für Bauleistungen¹⁹²) legen die Preisgrundsätze fest und schließlich gibt es Sonderbestimmungen für bestimmte Beschaffungen¹⁹³). Die Verdingungsordnungen sagen im einzelnen nicht, wie der angemessene Preis zu finden ist. Sie gehen davon aus, daß er sich als Marktpreis bei der Konkurrenz richtig bilden wird¹⁹⁴). Als *leges speciales* gehen daher die Preisvorschriften den Verdingungsordnungen in dieser Frage vor¹⁹⁵) ¹⁹⁶).

Nach den Verdingungsordnungen erfolgt die staatliche Auftragsvergabe. Diese Tätigkeit muß also dem öffentlichen oder privaten Recht eingeordnet werden.

III. Stellungnahmen zur Beschaffungstätigkeit der öffentlichen Hand

1. Die Rechtsprechung.

a) Der BGH¹⁹⁷⁾ sollte darüber entscheiden, ob die Weisung einer vorgesetzten Behörde, dem Kläger keinen Auftrag mehr zu erteilen, zu Recht ergangen war, und er sollte diese aufheben. Die beklagte Behörde trug vor, der Auftragnehmer habe bei Aufträgen, die ihm zugeschlagen seien, schlecht geleistet. Das Gericht lehnte eine Entscheidung ab, da dies eine Streitigkeit des öffentlichen Rechts sei. Es leitete dies vor allem daraus her, daß die Behördenanweisungen dem öffentlichen Recht angehörten. Deshalb habe auch der Kläger, der damit von Behördenaufträgen ausgeschlossen wurde, keinen im ordentlichen Rechtsweg verfolgbaren Anspruch. Er wurde an die Verwaltungsgerichte verwiesen.

b) Das Bundesverwaltungsgericht¹⁹⁸⁾ erklärte sich jedoch nicht für zuständig, wenn eine innerdienstliche Verfügung über den Ausschluß von der Vergabe aufgehoben werden sollte. Die Auftragsvergabe gehöre dem fiskalischen Tätigkeitsbereich an. Das Gericht verweist, an die „Natur der Sache“ anknüpfend, auf die entsprechenden Maßnahmen eines kaufmännischen Unternehmens. Die innerdienstlich hoheitlichen Weisungen hätten keine Außenwirkung mit der Folge, daß das Rechtsverhältnis zwischen der Behörde und dem Auftragnehmer dem öffentlichen Recht unterliefe. Es besteht also ein negativer Kompetenzkonflikt bei der Auftragsvergabe, wenn das BVerwG sich auch bemüht, diesen zu verneinen¹⁹⁹⁾.

c) In einer späteren Entscheidung hatte sich das Bundesverwaltungsgericht wiederum mit der Auftragsvergabe zu befassen²⁰⁰⁾. Kläger war diesmal ein nach § 74 BVFG, § 68 BEG Begünstigter²⁰¹⁾. Aus dem fürsorgerechtlichen Charakter dieser Vorschriften schließt das Gericht, hier liege aus logischen Gründen ein im Verwaltungsrechtsweg angreifbarer Verwaltungsakt vor. Unter Anwendung der in §§ 102 des 2. Wohn.Bau.Ges.²⁰²⁾ anerkannten Zweistufigkeitstheorie werde hoheitlich darüber entschieden, ob der Begünstigte bei der Vergabe zu berücksichtigen sei, während die Abwicklung des Vertragsverhältnisses dann dem bürgerlichen Recht unterliege.

Das Ergebnis der Rechtsprechung ist also, daß nach der Ansicht des BGH die Auftragsvergabe nie dem GWB unterfallen kann, da die der Auftragsvergabe zugrunde liegenden innerdienstlichen Anweisungen dem öffentlichen Recht unterfallen. Nach Ansicht des BVerwG ist zwischen der normalen Auftragsvergabe zu unterscheiden, die nach fiskalischen Gesichtspunkten geschieht, und dem GWB unterfallen kann, und der Vergabe an Begünstigte. Diese können auf Grund einer öffentlich-rechtlichen Beziehung eine Leistung verlangen. Die Auftragsvergabe an sie unterliefe deshalb auch nicht dem GWB.

2. Die Literatur.

a) Bachof²⁰³⁾ verweist auf die faktische Machtstellung des Staates. Die staatliche Finanzmacht sei nicht wirtschaftskonform, sondern durch die Verwendung der Steuermittel der Allgemeinheit entstanden. Zwischen einem rechtlichen

und faktischen Monopol des Staates dürfe nicht unterschieden werden. In beiden Fällen übe er hoheitliche Gewalt aus, die zu einer faktischen Unterlegenheit und damit zu einer Unterordnung (!) des Einzelnen unter die öffentliche Gewalt führe. Die rechtlichen und faktischen Monopolstellungen des Staates seien gleichzustellen den Fällen, in denen der Staat existenzwichtige Leistungen gewähre²⁰⁴). Wenn also die öffentliche Hand als Nachfrager ein Monopol hat, müßte öffentliches Recht ihr Beziehungsverhältnis zum Bieter bestimmen, in den übrigen Fällen dagegen, soweit keine Begünstigungen durch die Leistungsverwaltung vorliegen, müßte das Privatrecht gelten. Die Monopolstellung soll also über das anzuwendende Recht entscheiden²⁰⁵).

b) Forsthoff²⁰⁶) betont sehr stark, das „Aufeinander-Verwiesensein“ zwischen dem öffentlichen Auftraggeber und dem Bauunternehmer. Dem Auftraggeber macht er den Vorwurf, sich durch die Gestaltung, besonders des Preisrechts, eine soziale Machtstellung zu verschaffen und diese zum Nachteil des Auftragnehmers auszunutzen. Trotzdem hält Forsthoff²⁰⁷) daran fest, daß die Rechtsbeziehungen zwischen beiden grundsätzlich dem Privatrecht unterfallen. Er benutzt nicht den Gedanken der Darseinsvorsorge, um die Auftragsvergabe dem hoheitlichen Bereich der Verwaltung zuzurechnen.

c) Diesen Versuch unternimmt aber Geipel²⁰⁸). Er stellt eine Analogie zwischen dem Staat als „Leistungsträger“ und dem Staat als „Bedarfsträger“ auf. Die Bedarfsdeckungswirtschaft gehöre dem öffentlichen Recht an. Geipel folgert also aus der Verwendung des nachgefragten Gutes, ob die Beziehungen zwischen den Marktparteien dem öffentlichen oder privaten Recht angehören.

d) Menger²⁰⁹) setzt sich mit der Rechtsprechung zum Vergabewesen auseinander. Er folgt weder dem BGH noch dem BVerwG, sondern stellt grundsätzliche Erörterungen über die Abgrenzung von öffentlichem und privatem Recht an. Dabei folgt er der Ansicht von Wolff²¹⁰), wobei er jedoch entgegen der Ansicht Wolffs die Verdingungsordnungen dem öffentlichen Recht zuordnet²¹¹).

Wolff stellt auf die beteiligten Subjekte ab, die von den Rechtssätzen betroffen werden. Rechtssätze, die sich nur an die Träger öffentlicher Gewalt richten, bilden ein Sonderrecht für Regierung und Verwaltung und sind öffentliches Recht. Rechtssätze, die für jedes Zuordnungssubjekt gelten, gehören dem Privatrecht an. Dem öffentlichen Recht unterfallen die Rechtssubjekte, die ausschließlich durch Rechtssätze und Staatsakt ihre Individualisierung empfangen. Die natürlichen Personen werden durch die Geburt individualisiert. Die juristischen Personen des Privatrechts werden durch einen Rechtssatz zwar bestimmt, aber sie werden nicht individualisiert, da die Bestimmung nur abstrakt ist. Nicht die sozialen Verhältnisse bestimmen also nach Wolffs Ansicht die Zugehörigkeit zum privaten oder öffentlichen Recht, sondern die Arten der positiven Rechtssätze. Der Gesetzgeber muß also bestimmen, ob er einen Sonderrechtssatz des öffentlichen Rechts, oder einen allgemeinen Satz des Privatrechts erlassen will.

Hierauf aufbauend sieht Menger nun die „übermächtige Stellung“ des Staates, der sich nicht mit einer internen Verantwortung begnügt, sondern durch ein Gefüge von Rechtsbestimmungen auch den Außenbezirk durch Vergabeordnungen und ähnliches geregelt hat. Der Sinn dieser Regelung liege darin, die Verantwortung gegen den Bürger zu verwirklichen, und den ungebundenen Willensentschluß einer Behörde zu Gunsten einer freien Wettbewerbsmöglichkeit der Bewerber einzuengen. Daher bestehe hier ein Sonderrecht. Menger verbindet also die auf formalen Kriterien aufgebaute Theorie Wolffs mit einer Betrachtung der soziologischen Gegebenheiten, um im Interesse der Rechtsuchenden die Anwendung öffentlichen Rechts auf das Vergabewesen mit der Monopolstellung zu begründen. § 826 BGB gewähre keinen ausreichenden Schutz.

e) Wolff²¹²⁾ schließlich sieht in den Verdingungsordnungen allgemeine Rechtssätze, die sowohl von den Privatrechtssubjekten als auch den Subjekten des öffentlichen Rechts angewandt werden können²¹³⁾. Rechtssätze, die für den Staat als Fiskus gelten, begründen keine Beziehungen des öffentlichen Rechts. Es besteht also in der Literatur keine einheitliche Meinung darüber, ob die Auftragsvergabe der öffentlichen Hand dem privaten oder öffentlichen Recht unterfällt. Die Vielzahl der Argumente und die Bedeutung der Frage für das GWB machen eine grundsätzliche Stellungnahme erforderlich.

IV. Die Vergabe als Verwaltungstätigkeit.

Die bisherigen Ausführungen haben gezeigt, daß die Vergabe öffentlicher Aufträge durch Behörden erfolgt. Sie ist also eine Tätigkeit des Staates, die nicht der Rechtsprechung oder Gesetzgebung angehört. Zur Erfüllung seiner Zwecke vergibt der Staat die Aufträge. Diese beiden Umschreibungen werden gebraucht, um die Verwaltung als Staatsfunktion zu kennzeichnen²¹⁴⁾. Diese Umschreibung der Verwaltung sagt aber nichts darüber aus, ob die betreffende Tätigkeit dem öffentlichen oder privaten Recht angehört. Auch die Definitionsversuche bei Nawiasky²¹⁵⁾, auf der Staatsrechtslehrertagung bei Becker²¹⁶⁾ und Rumpf²¹⁷⁾ und bei Wolff²¹⁸⁾ geben letztlich nur eine Beschreibung der Verwaltung und keine Definition mit der Folge, daß die Verwaltung bezüglich ihrer Rechtsform dem öffentlichen oder privaten Recht zugeordnet werden könnte²¹⁹⁾.

1. Die Einteilung der Verwaltungstätigkeit

Die Verwaltung wird üblicherweise in ein hoheitliches und nichthoheitliches Tun unterteilt²²⁰⁾. Da der Staat als Auftraggeber erscheint, müssen also die Erscheinungsformen geprüft werden, unter denen der Staat dem Einzelnen hier gegenübertritt.

a) Der Staat als Hoheitsträger:

Dieses ist die typische Erscheinungsform des öffentlichen Rechts, in der der Staat mit Befehl und Zwang dem Einzelnen gebietet und verbietet. Bei Anfor-

derungen nach dem Bundesleistungsgesetz verfährt er in dieser Weise. Bei der Auftragsvergabe nach den Verdingungsordnungen aber tritt kein Zwang in Erscheinung.

b) Der Staat als Fiskus:

Wenn sich die öffentliche Hand mit finanziellen Mitteln am Privatrechtsverkehr beteiligt, spricht man von fiskalischer Verwaltung. Damit aber ist noch nichts darüber ausgesagt, ob nun hier materiell öffentliches Recht oder Privatrecht vorliegt. Vor allem wird der Fiskusbegriff verschieden gebraucht. Während Bachof²²¹⁾ ihn ausdrücklich anerkennt, ist Jellinek²²²⁾ der Ansicht, daß Bachof „Abschied von der fiskalischen Verwaltung“ genommen habe.

c) Der Staat als Leistungsträger:

Die deutsche Verwaltungsrechtswissenschaft beruht auf der Gewaltenteilungslehre. Das war richtig, solange die wichtigste Tätigkeit der Verwaltung der Eingriff durch Gebot und Verbot war. So lange konnte die Begriffsbestimmung an den Gegensatz von Freiheit und Zwang anknüpfen. So versteht Fleiner²²³⁾ noch ganz allgemein die obrigkeitliche Besorgung von Rechtsgeschäften als hoheitliches Handeln und die Verwendung zivilrechtlicher Mittel als nicht-hoheitliches, fiskalisches Handeln. Jener Verwaltungsbereich, den Forsthoff²²⁴⁾ als Daseinsvorsorge kennzeichnet, wurde nur allmählich erkannt. Zwar kannte O. Mayer²²⁵⁾ bereits besondere Empfänge, und Fleiner widmete ebenfalls der leistenden Verwaltung seine Aufmerksamkeit²²⁶⁾. Jellinek bildete innerhalb der Verwaltungstätigkeit eine Untergruppe, die er als schlichte, nicht hoheitliche Verwaltung kennzeichnete²²⁷⁾.

Man kann – soviel wird aus den Versuchen ersichtlich – das Verwaltungsrecht also offensichtlich nicht aus dem Gegensatz zur freiheitlichen Privatrechtsordnung aufbauen. Der von Forsthoff für die neuartige Verwaltungstätigkeit vorgeschlagene Begriff Daseinsvorsorge mag als Umschreibung dienen. Man muß sich nur davor hüten, diese Bezeichnung als einen wissenschaftlichen Einteilungsmaßstab zu benutzen. Es dürfen aus dieser Idee nicht ohne weiteres Rechtsfolgerungen gezogen werden, sondern in jedem Einzelfall muß geprüft werden, ob der soziologische Begriff der Daseinsvorsorge eine Zuordnung zum öffentlichen Recht veranlassen kann²²⁸⁾. In diesem Bereich der Verwaltung wird materiell öffentliches Recht, aber in der Form des Privatrechts vollzogen. Wolff²²⁹⁾, Huber²³⁰⁾ und andere sprechen hier von Leistungs- oder Lenkungsverwaltungsrecht oder von Wirtschaftsverwaltung schlicht verwaltender Art. Gemeinsam ist allen, daß zwar eine hoheitliche Tätigkeit vorliegt, diese aber nicht mit den bisherigen Einteilungsmaßstäben erfaßt werden kann. Bevor also die Beziehungen des Einzelnen zum Staat bei Aufträgen geklärt werden können, muß das öffentliche Recht vom privaten Recht abgegrenzt werden. Auf dieser Grundlage ist dann die Stellung des Staates als Leistungsträger und als Fiskus zu bestimmen, um zu erkennen, welchem der beiden Bereiche die Auftragsvergabe angehört.

V. Die Unterscheidung von öffentlichem und privatem Recht

1. Möglichkeit der Unterscheidung

Als Ergebnis seiner Untersuchungen zu dieser Frage stellt Schöne²³¹⁾ fest, die Unterscheidung sei eine historisch-reale mit vielseitigen Aspekten. Dabei seien die Merkmale der Unterscheidung nicht konstant, sie hätten nur relativen Wert. Demzufolge haben sich für die Abgrenzung beider Rechtsgebiete auch sehr viele Theorien gebildet, die im einzelnen hier nicht verfolgt werden können²³²⁾. Entgegen Radbruch²³³⁾ ist die Unterscheidung aber nicht apriorisch, da die Kriterien öffentliches Recht oder Privatrecht aus sich heraus nichts aussagen²³⁴⁾. Von den beiden Formen der Gerechtigkeit ausgehend, kann man sagen, daß die *justitia commutativa* das Privatrecht und die *justitia distributiva* das öffentliche Recht kennzeichnet²³⁵⁾. Auch vom Menschen her ergibt sich eine Unterscheidung, als Individualwesen wird er vom Privatrecht, als Sozialwesen vom öffentlichen Recht erfaßt²³⁶⁾,²³⁷⁾.

Während sonst die Unterteilung der juristischen Disziplinen äußerer Art ist und demgemäß einen Ausdruck im Gesetz findet, sind die Unterscheidungen zwischen öffentlichem Recht und privatem Recht, die „Ausdruck einer verfeinerten Rechtsauffassung sind²³⁸⁾“, „wesentlich mehr vergeistigt und daher entsprechend schwerer mit formalen Mitteln erfaßbar²³⁹⁾“. Der Gesetzgeber hat im § 38 des Entwurfs einer Bundesverwaltungsgerichtsordnung die Streitigkeiten des „öffentlichen Rechts nicht verfassungsrechtlicher Natur“ den Verwaltungsgerichten zugewiesen. Wann aber eine solche Streitigkeit vorliegt, ist der Wissenschaft und Praxis zur Klärung überlassen²⁴⁰⁾.

Die hier aufgestellten Theorien haben alle verschiedene Ausgangspunkte: die Beziehungen der an einem Rechtsverhältnis Beteiligten, die mit dem Rechtssatz verfolgten Zwecke oder aber die notwendige Beteiligung des Staates. Wenn sich keine der Betrachtungsweisen endgültig durchgesetzt hat, so beruht das darauf, daß jede einen „richtigen Kern“ hat. Man muß daher alle Erkenntnisse zusammenfassen, wobei gerade im Wirtschaftsbereich die Verflechtungen besonders eng sind²⁴¹⁾.

2. Die Subjektionstheorie

a) Kennzeichnung der herrschenden Theorie

Die Unterscheidung wird hier danach getroffen, ob sich die Rechtssubjekte in Gleich- oder Unterordnung begegnen²⁴²⁾. Die Beteiligung des Staates an einem Rechtsverhältnis führt noch nicht zur Unterordnung, sondern diese Beteiligung muß durch die Überordnung des Staates beeinflußt sein. Das Hauptproblem dieser Theorie besteht nun darin, zu erfassen, wann die sich aus der Gemeinschaftsordnung ergebende Unterordnung vorliegt²⁴³⁾.

Zur Kritik wird vorgebracht, auch außerhalb des öffentlichen Rechts gebe es Zwang, z. B. die Selbsthilfe des BGB und die elterliche Gewalt, im öffentlichen Recht aber Gleichordnung beim öffentlich-rechtlichen Vertrag²⁴⁴⁾. Das zeigt die Ergänzungsbedürftigkeit der Theorie durch andere Gesichtspunkte, aber zuvor muß das Wesen der Unterordnung noch genauer erfaßt werden.

b) Abwandlung bei Bachof²⁴⁵⁾.

Diese Unterordnung benutzt nämlich Bachof, um damit die Anwendung des öffentlichen Rechts auf die starke Marktmacht der öffentlichen Hand zu begründen. Bachof setzt dabei die faktische Unterlegenheit einer Unterordnung gleich, da in beiden Fällen der einzelne in besonderem Maße der Willkür ausgeliefert sei. Diese Argumentation Bachofs muß überprüft werden. Die Subjektionstheorie spricht von Unterordnung, das bedeutet eine durch die Rechtsordnung erfolgende Unterstellung des einzelnen unter die Staatsgewalt²⁴⁶⁾. Wenn man Bachof und Menger folgen wollte, müßte man zu der Ansicht gelangen, die Zivilrechtsordnung sei den modernen Verhältnissen nicht mehr angemessen. So ist heute allgemein in der Literatur und Rechtsprechung die Tendenz zu erkennen, nur das öffentliche Recht könne den einzelnen vor einer Übervorteilung bewahren.

c) Die Wandlung der Privatrechtsauffassung und die Subjektionstheorie Wieacker²⁴⁷⁾ hat aber besonders eingehend demgegenüber nachgewiesen, daß die Interpretation des bürgerlichen Rechts gar nicht mehr daran denkt, die Privatrechtsordnung ihrem ursprünglichen Sinn gemäß nur als ein Ausdruck subjektiver Rechte und ungebundener Willensmacht anzusehen. Die Rechtsverhältnisse werden als Sozialfunktionen aufgefaßt, die nach Maßgabe vorgegebener oder vertraglich übernommener Pflichten ausgeführt werden. Dabei werden aber keine kollektivistischen oder sozialetischen Ideologien benutzt. Das Zivilrecht als Regelung des Zusammenlebens in Freiheit unter Selbstverantwortung betrachtet den Nächsten als gleichwertig. Nur die „Außenseiter“ bedürfen der Versorgungsordnung durch das öffentliche Recht²⁴⁸⁾. Die Verantwortlichkeit und das Aufeinander-Verwiesen-Sein sind also keine Erscheinungen mehr, die auf das öffentliche Recht beschränkt sind. Sie haben vielmehr auch die Zivilrechtslehre beeinflußt, so daß Zweifel an der überkommenen Systematik laut werden²⁴⁹⁾. Bärmann²⁵⁰⁾ versucht, die überkommene Vertragsordnung den modernen Erscheinungsformen des Verkehrs anzupassen. Die Lehre vom faktischen Vertragsverhältnis²⁵¹⁾ behandelt häufig Fälle, die auf der Grenze zwischen öffentlichem und privatem Recht stehen. Die Verdrängung des Zivilrechts durch eine einseitige Betrachtung bei der Vertragsbegründung weist im einzelnen Simitis nach²⁵²⁾. Von einer gewandelten Vertragsauffassung aus ist es möglich, nicht mehr individual- sondern sozialrechtlich die Erscheinungsformen der Daseinsvorsorge mit den zivilrechtlichen Kategorien zu erfassen. Simitis²⁵³⁾ benutzt dazu keine Fiktion, sondern er begründet das soziale Vertragsverhältnis der Daseinsvorsorge auf die tatsächliche Inanspruchnahme der Leistungen des Versorgungsunternehmens, wie das vor ihm schon Haupt getan hat²⁵⁴⁾.

Über die aus der Sozialstaatlichkeit dem Zivilrecht erwachsenden Schranken berichtet Raiser²⁵⁵⁾, über die Begrenzung sozialer Macht derjenigen, die allgemeine Geschäftsbedingungen aufstellen können, Krause²⁵⁶⁾.

Der Unternehmensbegriff, der Untersuchungsgegenstand des nächsten Kapitels sein wird, wird durch das Moment der Verantwortung mit bestimmt²⁵⁷⁾. Der Unternehmer strebt nicht nur Gewinn und Rentabilität an, sondern Wagemut,

Gestaltungsdrang, Verantwortungsfreude und Verwirklichung sozialer Vorstellung und Ideen gehören im gleichen Maße zum modernen Unternehmer²⁵⁸⁾. Obwohl die rein privatrechtlichen Unternehmen immer mehr Pflichtenstellungen durch das öffentliche Recht erhalten, beginnend bei der Publizitätspflicht der Aktiengesellschaften bis zur Staatsaufsicht über Kredit- und Versicherungsunternehmen, bleiben sie doch Teile des Privatrechts.

Schließlich sei auf den Erlaß der VOB hingewiesen. Ein Grund hierfür war, ein Vertrauensverhältnis bei den finanziell umfangreichen Bauten zu schaffen. Auftraggeber und Auftragnehmer sind auf einander angewiesen, da der Bau ein Gemeinschaftswerk ist²⁵⁹⁾. Niemand ordnet aber deshalb den ganzen Bauvertrag, der ein Sonderfall des Werkvertrags ist, dem öffentlichen Recht unter.

Aber nicht nur die Wandlungen in der Zivilrechtsauffassung sprechen gegen eine Ausweitung des öffentlichen Rechts. Auch die Staatsrechtslehre versucht wieder, sich auf ihr eigenes Gebiet zurückzuziehen. Als Beispiel für die sich anbahnende Entwicklung sei Maunz genannt²⁶⁰⁾. Die Publizierung des Privatrechts ist der Ausdruck eines umfassenden Machtanspruchs des Staats. Das ist mit den historischen und realen Gegebenheiten unvereinbar, da das GG auf dem Subsidiaritätsprinzip aufgebaut ist²⁶¹⁾. Der Einsatz gerade der Daseinsvorsorge im Wirtschaftsbereich kann bei völliger Ausschaltung der Freiheitsrechte zur totalen Abhängigkeit vom Staat führen. Der Staat, der Rechtsträger des öffentlichen Rechts ist, darf als solcher erst tätig werden, wenn keine andere Organisation die Aufgaben erfüllen kann. Es darf nicht dahin kommen, daß „öffentlich“ mit „öffentlich-rechtlich“ gleichgesetzt wird. Hier bestehen wesentliche Unterschiede²⁶²⁾. Die Argumentation von Bachof und Menger hat aber einen entscheidenden Rückschlag noch durch den Erlaß des GWB erhalten.

Der Gesetzgeber hat in § 98 GWB die wirtschaftliche Macht, die auf der Konzentration öffentlicher Mittel beruht, den gleichen Beschränkungen unterworfen, denen auch private Machtkonzentrationen unterliegen. Öffentlich wurde hier nicht gleichbedeutend mit öffentlich-rechtlich behandelt. Eine Konsequenz aus Bachofs und Mengers Meinung müßte nämlich sein, daß bei jeder Unterlegenheit öffentliches Recht gelten sollte, auch wenn der Machtträger nicht der Staat ist. Gerade diese Konsequenz zog der Gesetzgeber nicht. Jede wirtschaftliche Machtstellung, die eben nur zur Unterlegenheit und – wozu das GWB verhelfen soll – nicht zu einer Unterordnung führt, wird von dem neuen Gesetz gleich behandelt.

d) Die Verdingungsordnungen nach der Subjektionstheorie

Nachdem festgestellt ist, daß die Ausformung der Subjektionstheorie durch Bachof und die Argumentation von Menger nicht zutreffen, kann die Auftragsvergabe der öffentlichen Hand grundsätzlich nur dem Privatrecht angehören. Die Ansicht von Bachof kann, soweit sie nur auf der Subjektionstheorie aufbaut, nicht das Vergabewesen dem öffentlichen Recht zuordnen. Vom Staatsrecht her kann man mit Dürig²⁶³⁾ sagen, der Staat hat dort sein Recht zu

nehmen, wo er durch die Form seiner Handlung hinweist. Das ist bei der Auftragsvergabe die Zivilrechtordnung.

Da auch der BGH ²⁶⁴⁾ von der Subjektionstheorie ausgeht, hätte auch er in dem zur Entscheidung stehenden Falle eine öffentlich rechtliche Streitigkeit annehmen dürfen. Die interne Anweisung gehört dem Organisationsrecht an und kann nicht das Verhältnis zwischen dem Bürger und der Verwaltung bestimmen. Es läßt sich vor allem daraus noch keine Unterordnung herleiten ²⁶⁵⁾. Da aber gerade im Wirtschaftsbereich die Subjektionstheorie nicht allein entscheidet, sind zu einer endgültigen Einordnung des Vergabewesens noch die wichtigsten anderen Theorien zu verfolgen.

3. Die Verdingungsordnungen nach der Rechtsformentheorie

Die zuletzt wieder von Wolff ²⁶⁶⁾ vertretene Rechtsformentheorie bedarf keiner weiteren Erläuterung mehr. Obwohl Wolff und Menger von ihr ausgehen, kommen sie zu verschiedenen Ergebnissen ²⁶⁷⁾. Da die Argumentation Mengers auf den gleichen Überlegungen beruht, wie sie Bachof anstellte, braucht sie nicht nochmals behandelt zu werden. Die Wirtschaftsmacht der öffentlichen Hand rechtfertigt keine Anwendung des öffentlichen Rechts. Der Gedankenführung Wolffs tritt schon von Turegg ²⁶⁸⁾ entgegen, indem er den Zirkelschluß nachweist, indem sich Wolff befindet, da er nicht sagen kann, nach welchem Recht die genannten Rechtssubjekte ihre Sondereigenschaft erhalten. Aber auch gegenüber Menger, der die Gedanken Wolffs weiterführt, muß folgendes gesagt werden. Wolff will bewußt formale Kriterien finden und es dem Gesetzgeber überlassen, ob er Privatrecht oder öffentliches Recht anwendet. In diese Betrachtungsweise bringt Menger nun ein soziologisches Moment zur Auslegung eines Rechtsverhältnisses. Schon aus diesem Grunde ist der Ansicht Mengers nicht zu folgen.

4. Die Interessentheorie und die Verdingungsordnung

Sie ist auf die Digestenstelle D I, 1, 2 zurückzuführen und wurde besonders im 19. Jahrhundert vertreten. Sie hat eine Wiederbelebung durch von Turegg ²⁶⁹⁾ erfahren. Sie nimmt Privatrecht an, wenn die Interessen einzelner verfolgt werden, öffentliches Recht, wenn die Interessen der Allgemeinheit verfolgt werden. Die Interessenrichtung allein läßt aber keine sichere Abgrenzung zu, wie schon die §§ 525 Abs. 2, 679, 2194 BGB zeigen. Ob Rechtssätze dem öffentlichen oder Privatrecht angehören, ist nach dieser Theorie nicht zu erkennen. Wenn aber Sachverhalte einem der beiden Gebiete zugeordnet werden sollen, kann doch das mit dem Verwaltungshandeln verfolgte Ziel gewisse Anhaltspunkte bieten ²⁷⁰⁾. Die akkumulierte Finanzmacht der öffentlichen Hand ist ein überall sichtbarer Faktor. Die Wirtschaft ist daher auf den Staat, dieser aber auch auf die Wirtschaft angewiesen, da sie die Staatsbürger beschäftigt und mit Lebensgütern versorgt.

Bei seiner Wirtschaftsbetätigung kann der Staat sich verschieden verhalten. Er kann primär seine eigenen Zwecke verfolgen, er kann aber auch die Zwecke der Staatsbürger primär verfolgen, z. B. durch Subventionen. Forsthoff ²⁷¹⁾, der

grundsätzlich der Subjektionstheorie folgt, sieht auch als Abgrenzung der Leistungsverwaltung von der sonstigen staatlichen Tätigkeit die „bestimmungsgemäße Leistungszuwendung“ an²⁷²).

5. Ergebnis nach den Theorien

Ob die Auftragsvergabe der öffentlichen Hand also dem öffentlichen oder privaten Recht angehört, vermag nur die Subjektionstheorie in Verbindung mit der Interessentheorie zu entscheiden, da als staatliche Tätigkeit nur die Leistungsverwaltung oder die schlichte Hoheitsverwaltung im Gegensatz zur fiskalischen Tätigkeit in Frage kommen.

Bisher wurde aus der grundsätzlichen Unterscheidung von privatem und öffentlichem Recht erkannt, daß die Argumente Bachofs, Mengers und des BGH, die die Auftragsvergabe dem öffentlichen Recht zuordnen, nicht überzeugen können. Zuzustimmen war bis jetzt der Ansicht des BVerwG, daß die normale Auftragsvergabe dem fiskalischen Tätigkeitsbereich angehört. Die „Natur der Sache“ hat das Gericht zur zutreffenden Entscheidung veranlaßt.

Im folgenden muß nun die Ansicht des BVerwG für den Fall der normativen Begünstigung und die Ansicht Geipels überprüft werden, der das gesamte Vergabewesen der Leistungsverwaltung zurechnen will. Dazu muß zwischen der schlichtverwaltenden und der fiskalischen Staatstätigkeit unterschieden werden.

VI. Leistungsverwaltung bei der Vergabe öffentlicher Aufträge

1. Das Wesen des Staats als Leistungsträger

Dieser von Forsthoff als Daseinsvorsorge umschriebene Bereich staatlicher Tätigkeit beginnt, wenn wirtschaftlich nicht mehr autarke Haushaltungen auf die öffentliche Hand angewiesen sind²⁷³). Eine genaue Umschreibung gibt es nicht. Unternehmen dienen der Daseinsvorsorge, wenn sie unmittelbar dem Einzelnen Leistungen erbringen. Jede Leistung, die bestimmungsgemäß dem Einzelnen zugute kommt, gehört diesem Verwaltungsbereich an, daher vor allem auch die Subvention²⁷⁴).

2. Die Verdingungsordnungen als Vorschriften für die Leistungsverwaltung

Die Frage lautet nun, ob auch die Verdingungsordnungen dem Einzelnen bestimmungsgemäß Zuwendungen machen. Der vertragschließende Unternehmer erhält zwar den Vorteil des Geschäftsabschlusses. Dieser wird ihm aber nicht um seiner selbst willen zugewandt. Primäres Anliegen der öffentlichen Hand bei der Ausschreibung ist grundsätzlich, durch möglichst günstige Geschäftsbedingungen einen günstigen Preis zu erzielen. Dem Einzelnen wird keine Leistung erbracht. Die Verdingungsordnung in ihrer Gesamtheit steht unter dem Einfluß des Preisrechts. Als zwingendes öffentliches Recht gehen die Preisvorschriften den Verdingungsordnungen vor²⁷⁵). Sie verlangen einen Wettbewerbspreis, da marktwirtschaftliche Grundsätze gefördert werden sol-

len. Der in den Präambeln beider Preisvorschriften geforderte Wettbewerbsgrundsatz kann nur verwirklicht werden, wenn sich die öffentliche Hand am Wettbewerb beteiligt. Durch die Preisvorschriften wird die öffentliche Hand also gezwungen, ihr hoheitliches Wesen abzulegen und am Marktgeschehen teilzunehmen. Diese Teilnahme am Marktgeschehen, auf die auch die Verdingungsordnungen zugeschnitten sind, schließt es aber aus, dem Einzelnen bestimmungsgemäße Leistungen zuzuführen. Die Preisvorschriften in Verbindung mit den Verdingungsordnungen sprechen nämlich deshalb für eine Anwendung des Zivilrechts auf die Beziehungen zwischen dem öffentlichen Auftraggeber und Auftragnehmer, da sie beide einen objektiv gerechten Preis bestimmen wollen. Der Auftragnehmer soll grundsätzlich nicht begünstigt werden, sondern nur eine angemessene Vergütung erhalten²⁷⁶⁾. Das Vergabewesen kann daher nicht der Leistungsverwaltung auf Grund der bestimmenden Vorschriften zugeordnet werden, da die öffentliche Hand bei der Vergabe von Aufträgen ganz andere Ziele verfolgt als bei der Leistungsverwaltung. Wenn Geipel²⁷⁷⁾ das gegenteilige Ergebnis damit zu rechtfertigen sucht, daß er auf das öffentliche Preisrecht verweist, das für die öffentlichen Aufträge gilt, so ist dieser Hinweis nicht zwingend, da auch sonst die Kaufverträge Privater über Grundstücke unter dem Gebot von Preisvorschriften stehen und deshalb nicht dem öffentlichen Recht angehören. Das Preisrecht als Einschränkung der Vertragsfreiheit führt nicht zwingend zur Anwendung öffentlichen Rechts auf das betreffende Rechtsverhältnis. Geipel²⁷⁸⁾ begründet sein Ergebnis, indem er die Geberfunktion der öffentlichen Hand in der Daseinsvorsorge mit der Nehmerfunktion bei der Beschaffung gleichsetzt. Die Tätigkeit der öffentlichen Hand ist aber in beiden Fällen ganz verschieden. Im Rahmen der Daseinsvorsorge will der Staat den Einzelnen um seiner selbst willen begünstigen, bei der Bedarfsdeckung sucht er zuerst seinen eigenen Vorteil. Die Wirtschaftstätigkeit der öffentlichen Hand hat zwar eigene Grundsätze²⁷⁹⁾, aber sie ist weder hoheitlich gestaltet, noch ist sie im Falle der Bedarfsdeckung eine Leistungszuwendung an den Einzelnen.

Aus der späteren Verwendung des beschafften Gutes Rückschlüsse auf die Art der Beschaffung zu ziehen, ist hier außerdem ebenso unzulässig, wie es sich als unzulässig erweisen wird, aus der Verwendung etwas über den Unternehmensbegriff des GWB auszusagen²⁸⁰⁾.

Das Analogon „Verwaltung als Leistungsträger“ und „Verwaltung als Bedarfs-träger“, das Geipel zeigt, ist also unzulässig, da die Analogie einen rechts-ähnlichen Sachverhalt voraussetzt, der gerade bei den beiden Verwaltungstätigkeiten nicht gegeben ist²⁸¹⁾.

3. Die normativen Begünstigungen bei der Vergabe als Bestimmungen für die Leistungsverwaltung

Nach §§ 2 VOB/A und VOL/A sollen ungesunde Begleiterscheinungen des Wettbewerbs vermieden werden. Dies kommt zwar auch den Unternehmern zugute, vorwiegend wird dabei aber an die Belange der Allgemeinheit gedacht²⁸²⁾.

In § 2 II VOL/A wird auf die Bewerber verwiesen, bei denen Umstände besonderer Art vorliegen. Für sie sind die jeweils geltenden Verordnungen und Sonderbestimmungen maßgebend. In § 24 III 3 VOL/A werden die notleidenden Gebiete besonders berücksichtigt. Für die VOB liegen keine derartigen Empfehlungen vor. Die Richtlinien der Bundesregierung und Landesregierungen über die Berücksichtigung bevorzugter Bewerber gelten jedoch auch für den Bereich der VOB.

Für die Bundesaufträge gibt es vier Gruppen von bevorzugten Bewerbern:

- a) in notleidenden Gebieten ansässige Personen und Unternehmen; VOL/A § 24 III 3 und Bekanntmachung über die Anerkennung notleidender Gebiete²⁸³).
- b) Vertriebene und Sowjetzonenflüchtlinge, § 74 BVFG und Richtlinien für die Berücksichtigung von bevorzugten Bewerbern vom 31. 3. 1954²⁸⁴).
- c) Verfolgte, § 68 BEG und Richtlinien vom 10. 10. 1957²⁸⁵).
- d) Evakuierte § 12a Bundesevakuiertengesetz und Richtlinien vom 29. 10. 1958²⁸⁶).

Für den Landesbereich bestehen entsprechende Richtlinien²⁸⁷).

Das BVerwG²⁸⁸) hat diese Fälle als normative Begünstigungen dem öffentlichen Recht unterstellt. Dabei ist das Gericht Ipsen²⁸⁹) gefolgt, der die Ablehnung eines Antrags auf Förderung als Verwaltungsakt betrachtet, da die bevorzugte Berücksichtigung eine Realförderung sei. Wenn man die Normen des BVFG, des BEG und des Evakuiertengesetzes, soweit sie die Auftragsvergabe betreffen, mit den übrigen Vorschriften der Gesetze vergleicht, so fällt ein wesentlicher Unterschied auf. Sie sprechen nur davon, daß „bei der Vergabe“ die betreffenden Personen zu berücksichtigen sind. Die öffentliche Hand muß also keine Ausschreibungen durchführen, um die betreffenden Personen zu fördern; nur innerhalb der Rechtsbeziehungen, die durch die Ausschreibung geschaffen werden, soll dieser Personenkreis berücksichtigt werden. Ein Anspruch geht auch nicht auf den Zuschlag schlechthin, sondern nur auf Berücksichtigung, wenn das Angebot grundsätzlich das wirtschaftlichste ist, vgl. § 3 III, 2 der Richtlinien. Allerdings können auch geringfügig höhere Angebote der Bevorzugten berücksichtigt werden, § 3 III, 3 der Richtlinien. Gerade diese Vorschrift könnte für eine Zuordnung zur Leistungsverwaltung sprechen, da eine Subvention durch eine Überzahlung des öffentlichen Auftrags vorliegt. Die öffentliche Verwaltung wird hier fördernd für den Einzelnen tätig, indem sie ihm eine Sonderunterstützung gewährt, die über die allgemeine Unterhaltung der Wirtschaft durch den Staat hinausgeht²⁹⁰). Das Bundesverkehrsministerium z. B. gestattet dabei eine Preisüberschreitung von 5% bei Aufträgen bis DM 5 000,— und von 1 % bei Aufträgen von DM 400 000,—.

Daß die Subventionen allgemein dem Bereich der Leistungsverwaltung angehören, ist unbestritten²⁹¹). Für die Berücksichtigung bei der Auftragsvergabe bestehen aber Besonderheiten.

Zunächst ist streitig, ob die betreffenden Normen der Gesetze überhaupt ein subjektiv öffentliches Recht verleihen²⁹²). Das BVerwG hat auch deshalb nur

aus „logisch-notwendigen“ Gründen einen Verwaltungsakt konstruiert, um den Weg zu den Verwaltungsgerichten zu eröffnen. Damit gibt das Gericht zu, daß in Wirklichkeit eine hoheitliche Entscheidung erster Stufe nicht erfolgt. Obermayer²⁹³⁾ meint, das Gericht habe unter Anwendung der Grundsätze der §§ 133, 157 BGB richtig entschieden. Der wirkliche Wille der Behörde und des Betroffenen müßten darüber entscheiden, ob eine Tätigkeit im Rahmen der Leistungs- oder fiskalischen Verwaltung vorliege. Dieser Gedanke in Verbindung mit der vom Gericht erwähnten „Natur der Sache“ und der Abgrenzung von öffentlichem und privatem Recht unter Berücksichtigung des Interessengesichtspunktes führen aber für die Vergabe auch an normativ Begünstigte zu einer anderen Entscheidung.

Auch bei der Vergabe an diesen Personenkreis bleibt die Verwaltung an das Sparsamkeitsgebot des § 26 RHO gebunden und untersteht den Preisvorschriften. Sie bleibt Teilnehmerin am Wettbewerb, da nicht etwa nur die Begünstigten zur Angebotsabgabe aufgefordert werden, sondern mit der Ausschreibung der gesamte Markt erfaßt wird. Der Zweck, der mit der Auftragsvergabe verfolgt wird, geht jetzt nicht etwa, wie bei den anderen Förderungsmaßnahmen, dahin, primär dem Begünstigten eine Leistung zuzuwenden, sondern, wenn die öffentliche Hand etwas beschaffen will, soll sie dabei diesen Personenkreis nur berücksichtigen. Der primär verfolgte Zweck ist also bei der Beschaffung von sächlichen Verwaltungsmitteln immer der gleiche. Der Zuschlag an einen „normativ Begünstigten“ erfolgt nicht, weil die Verwaltung ihm eine Leistung zuwenden soll auf Grund gesetzlicher Vorschriften, sondern er erfolgt, weil die Verwaltung ihren Bedarf decken will und dabei, wie jeder Teilnehmer am Wirtschaftsverkehr, gewisse Rücksichten nimmt, die sich aus der Wirtschaftsstellung ergeben²⁹⁴⁾.

Wenn also der Zweck über die Abgrenzung von Leistungs- und fiskalischer Verwaltung mit entscheidet, kann die Vergabe, auch an normativ Begünstigte nicht der Leistungsverwaltung angehören. Die gegenteilige Auffassung von Ipsen, dem das BVerwG folgt, beruht auf einem Versuch, die Subventionen zu systematisieren. In welche Schwierigkeiten er dabei für die Vergabe gerät, zeigt die Konstruktion des logisch notwendigen Verwaltungsaktes. Wie Viehweg²⁹⁵⁾ nachweist, entzieht sich die Rechtswissenschaft diesem Systematisierungsversuch weitgehend, da man die gestellten Probleme von allen Gesichtspunkten aus betrachten muß. Ipsen sieht die Vergabe an normativ Begünstigte nur unter dem Gesichtspunkt – Topos – Subvention. Man muß sie aber auch unter dem Gesichtspunkt Vergabe sehen. Dann erweist sich nämlich, daß dieser Topos den Vorrang vor der Subvention erlangt. Die Subventionierung erfolgt nur im Rahmen der Vergabe. Aus diesen Gründen kann auch die Vergabe an normativ Begünstigte nicht ein Teil der Leistungsverwaltung sein. Bestätigt wird dieses Ergebnis durch den Bericht des Bundesfinanzministeriums an den Bundestag über die Subventionen. In dem ausführlichen Bericht sind die hier genannten Begünstigungen nicht erwähnt²⁹⁶⁾ 297).

VII. Die Auftragsvergabe als fiskalische Tätigkeit

1. Der Fiskusbegriff

a) Die Herkunft

Der Begriff „Fiskus“ stammt aus der Spätantike und stellt ursprünglich die neben dem Staat als Hoheitsträger bestehende Staatskasse dar. Besonders in den Territorialstaaten erlaubte es die Spaltung des Staates in Hoheitsträger und Fiskus, alle Ansprüche der Bürger vor den Zivilgerichten zu verfolgen, da das Privatrechtssubjekt Fiskus am Vermögensverkehr teilnehmen konnte. Erst in der 2. Hälfte des vorigen Jahrhunderts wurde diese dualistische Betrachtungsweise überwunden und die fiskalische Tätigkeit nur als ein Zweig der staatlichen Tätigkeit erkannt, der dem Privatrecht untersteht. Heute ist es daher anerkannt, daß der Staat sich unter seine Privatrechtsordnung stellen kann²⁹⁸).

b) Die Bedeutung

Infolge der gewandelten Gesellschaftsordnung – der Staat steht der Sozialordnung nicht mehr gegenüber, sondern greift zum Schutze des Schwächeren in sie ein, Arbeitsschutz, Kartellgesetzgebung – wurde immer mehr staatliche Tätigkeit in der Form des Privatrechts erforderlich. Der Staat wurde Leistungsträger. Gleichzeitig aber nahm er als Privatrechtssubjekt die Gestaltungsfreiheit des Privatrechts für sich in Anspruch, was ihm auch zur Zeit der Weimarer Reichsverfassung weitgehend gewährt wurde²⁹⁹). Heute hat sich daher bereits von der fiskalischen Verwaltung der Bereich der schlicht-hoheitlichen Verwaltung abgezweigt, die dem öffentlichen Recht angehört. Wenn man den Kernbereich der verbleibenden echten fiskalischen Verwaltung umschreiben will, so ist wohl Siebert³⁰⁰) zu folgen. Er versteht darunter die privatrechtliche Betätigung der Verwaltung, wenn sie primär erwerbswirtschaftlichen (privatwirtschaftlichen, wettbewerblichen) Zwecken dient, und wenn sie privatrechtliche Hilfsgeschäfte vornimmt, um die Träger der öffentlichen Verwaltung für ihre Aufgaben mit sächlichen Mitteln zu versorgen. Mit der fiskalischen Tätigkeit sucht die Verwaltung ihren eigenen finanziellen Vorteil³⁰¹). Sie nimmt deshalb aktiv und unmittelbar am Wirtschaftsablauf zu erwerbswirtschaftlichen Zwecken teil, d. h. zur Erlangung, Produktion oder Verteilung von Gütern, deren primärer Zweck nicht identisch ist mit der öffentlichen Aufgabe³⁰²). Ziel der fiskalischen Tätigkeit ist die Erwerbung, Erhaltung oder Veräußerung des Finanz- und Verwaltungsvermögens³⁰³). Die Beschaffungstätigkeit ist also ein Hauptfall der fiskalischen Verwaltung. Der Auftragnehmer ist hier nicht nur Empfänger einer Leistung, sondern er erbringt auch eine Leistung. Der Leistungsaustausch erfolgt um seiner selbst willen, d. h. der Nachfrager will ein Gut haben, nicht aber den Nachfragenden kraft einer öffentlich rechtlichen Verpflichtung eine Leistung zukommen lassen. Daß mit der Nachfrage auch im fiskalischen Bereich ein Nebenzweck verfolgt werden kann, zeigen die Umschreibungen, indem sie von der Teilnahme an der Privatwirtschaft als „primären“ Zweck sprechen. Auch bei fiskalischer Tätigkeit können also „normative Begünstigungen“ erfolgen.

2. Der Fiskus in der Rechtsordnung

Die Auftragsvergabe ist also Teil der fiskalischen Staatstätigkeit. Die Verdingungsordnungen haben in diesem Bereich Geltung. Da der Fiskus Gegenstand der Untersuchungen für das GWB sein wird, soll im folgenden die Behandlung des Fiskus in der Rechtsordnung dargestellt werden, denn wie weit sich der Fiskus der Rechtsordnung unterstellen kann, hängt von der konkreten Ausgestaltung dieser Ordnung ab³⁰⁴).

a) Das Grundgesetz

Nach der Ansicht von Löw³⁰⁵) unterfällt auch der Staat als Fiskus Art. 1 Abs. 3 GG, denn auch hier werde öffentliche Gewalt ausgeübt. Da das aber weder mit dem Wesen noch der Herkunft des Fiskusbegriffs vereinbar ist, wird diese Ansicht allgemein abgelehnt³⁰⁶). Die Einschränkungen der fiskalischen Tätigkeit durch das Grundgesetz betreffen nur die Fälle der Leistungsverwaltung, in denen eine „Flucht aus den Bindungen des öffentlichen Rechts in die Formen des Privatrechts verhindert werden soll“³⁰⁷).

Wenn also das Grundgesetz den Fiskus nicht als grundrechtsverpflichtet nach Art. 1 Abs. 3 GG ansieht und ihn nicht zur öffentlichen Gewalt in Art. 19 Abs. 4 GG rechnet, so ist der Fiskus doch nicht grundrechtsfrei. Seine Bindung ergibt sich bei der zivilrechtlichen Betätigung aus dem Verbot des *venire contra factum proprium*. Dem Staat als Privatperson kann nicht erlaubt sein, was ihm als Hoheitsträger verboten ist. Mittels der Generalklauseln des Zivilrechts kommen so die Grundrechtsbindungen doch auf den Staat als Fiskus zur Anwendung³⁰⁸).

Die verfassungsrechtliche Legitimation der wirtschaftlichen Tätigkeit der öffentlichen Hand ist, soweit sie die Beschaffung betrifft, wohl nur ihre nicht wegzudiskutierende, historisch bedingte Existenz³⁰⁹). Obwohl Hamann³¹⁰) sonst der staatlichen Betätigung in der Wirtschaft sehr kritisch gegenübersteht, will er die Beschaffungstätigkeit doch insoweit mit dem Grundgesetz vereinbaren, als sie den hoheitlichen Zwecken zu dienen bestimmt ist. Eine „Meßbarkeit“³¹¹) im Sinne des Rechtsstaatsprinzips wird so erreicht. Da nach den Verdingungsordnungen nur die Beschaffungen der öffentlichen Hand erfolgen, braucht auf den Streit um die Zulässigkeit der staatlichen Wirtschaftstätigkeit allgemein nicht eingegangen zu werden. Daß gerade die Beschaffung der öffentlichen Hand nicht außerhalb des Grundgesetzes steht, beweisen die Vorschriften über das Haushaltsrecht, Art. 110–115, die Regelung der Kompetenz der Verwaltung, Art. 83, 84, 87 und Art. 87b für die Deckung des Bundeswehrbedarfs.

Allerdings kann sich der Fiskus unter Berufung auf Art. 19 Abs. 3 GG nicht als Grundrechtsträger bezeichnen. Der Staat als Wirtschaftsträger kann sich nicht gegen den Staat als Hoheitsträger wenden³¹²). Die historische Entstehung der Grundrechte, die Einheit des Staates und die auch für den Fiskus über das Verbot des *venire contra factum proprium* bestehende Grundrechtswirkung verbieten das. Gegen die öffentliche Hand als Wirtschaftssubjekt richten sich die Wesensgehaltssperren der Grundrechte und das Subsidiaritätsprinzip³¹³).

Ohne daß auf den Streit um die Wirtschaftsverfassung des Grundgesetzes eingegangen wird, soll dieses Prinzip doch für die Wirtschaftsbetätigung der öffentlichen Hand als maßgeblich anerkannt werden³¹⁴). Außerhalb der Grenzen, die durch das Subsidiaritätsprinzip geboten sind, darf sich die öffentliche Hand also nicht wirtschaftlich betätigen, darf also auch nicht als Nachfrager auftreten. Dieses Verfassungsprinzip muß auch für die übrigen Gesetze als Auslegungsregel herangezogen werden, insbesondere auch für das GWB³¹⁵).

b) Die übrige Rechtsordnung

Die Folgerung Löws wird aber nicht nur für das Grundgesetz nicht gezogen, sondern auch die übrige Rechtsordnung behandelt den Fiskus als eine vom Staat als Hoheitsträger wesensverschiedene Erscheinung. Die Haftung des Beamten ist in beiden Bereichen verschieden geregelt, im privatrechtlichen Bereich Haftung des Beamten aus § 839 BGB, des Dienstherrn aus §§ 823, 89, 31 oder 831 BGB; im hoheitlichen Bereich Haftung des Dienstherrn aus Art. 34 GG 839 BGB³¹⁶). Die Eigentumsfreiheitsklage des § 1004 BGB kann sich auf das beeinträchtigte Eigentum einer öffentlichen Körperschaft stützen; hat die Körperschaft durch Hoheitsakt in das Eigentum des Nachbarn eingewirkt, kann der Anspruch nicht im ordentlichen Rechtsweg verfolgt werden³¹⁷).

Im Wettbewerbsrecht genießt der Fiskus keine Vorzugsstellung. Wenn er Gewerbetreibender ist, erfährt er die gleiche Behandlung wie ein privater Gewerbetreibender, er unterliegt dem UWG. Nur wenn er Hoheitsakte zu erfüllen hat, gilt das Gesetz nicht mehr. Voraussetzung für die Anwendung des Gesetzes ist die Teilnahme am Geschäftsverkehr³¹⁸).

Im Verwaltungsrecht untersteht der Fiskus dem Gewerbe- und Ordnungsrecht, er unterliegt dem Verwaltungsverfahren und ist grundsätzlich steuerpflichtig, vgl. § 2 Umsatzsteuergesetz.

In Ausnahmefällen kann der Staat als Fiskus Verfassungsbeschwerde erheben, wenn er prozessual in Anspruch genommen wird und der richterlichen Hoheitsgewalt unterliegt³¹⁹).

Für die Privatperson Fiskus gelten zwar einige Sondervorschriften, §§ 928 Abs. 2, 981, 1936 BGB; § 32 MSchG, § 36 HGB. Im allgemeinen wird er aber wie eine Zivilperson behandelt³²⁰).

Diese grundsätzliche Gleichstellung mit den Privatrechtssubjekten kommt auch im GWB zum Ausdruck. Die in § 98 genannten „von der öffentlichen Hand verwalteten Unternehmen“ können nur auf die fiskalische Tätigkeit hindeuten, da daneben auch die von ihr „betriebeben und in ihrem Eigentum stehenden“ Unternehmen genannt sind. Auch der Abg. Lange als Berichterstatter führte aus, „Das Gesetz soll für jedes Unternehmen gelten, das sich mit Waren oder gewerblichen Leistungen am geschäftlichen Verkehr beteiligt. Das gilt auch, wenn der Staat als Verwaltung, z. B. als Forstfiskus, tätig wird“³²¹).

Als Ergebnis der bisherigen Untersuchungen ist also festzustellen, daß die Beschaffung der öffentlichen Hand nach den Verdingungsordnungen dem Privatrecht unterfällt, da die Vergabe dem fiskalischen Tätigkeitsbereich der

Verwaltung angehört. Die erste Voraussetzung für die Anwendung der Vorschriften des GWB auf das Verhältnis zwischen der Verwaltung und dem Nachfrager, daß nämlich geschäftlicher Verkehr in der Form des Privatrechts vorliegt, ist erfüllt.

4. Kapitel: Der Unternehmensbegriff im GWB und die fiskalische Tätigkeit

I. Bedeutung der Frage im GWB

Im Gegensatz zu den Dekartellisierungsbestimmungen der Besatzungsmächte knüpft das GWB in fast allen seinen Regelungen an den Unternehmensbegriff an. Die Anknüpfung an diesen Begriff muß den Sinn haben, einzelne Rechtssubjekte von der Anwendung des Gesetzes freizustellen³²²). Die privatrechtliche Betätigung der öffentlichen Körperschaften bei der Vergabe unterfällt also nur dann dem GWB, wenn der Fiskus dabei als Unternehmen anzusehen ist³²³). Da es sehr viele fiskalische Verwaltungsstellen gibt, muß im folgenden zuerst nachgewiesen werden, ob sich der Unternehmensbegriff des GWB überhaupt auf die fiskalische Beschaffungstätigkeit anwenden läßt. Erst wenn das nachgewiesen ist, kann die jeweilige Unternehmenseinheit festgestellt werden.

II. Das Unternehmen in den Wirtschaftswissenschaften und der Rechtswissenschaft

1. Das Unternehmen als Wirtschaftssubjekt

Wenn das Unternehmen zu den „Grundinstitutionen der Sozialordnung“ gehört³²⁴), so müßte doch die Rechtswissenschaft dieses Phänomen begrifflich einheitlich erfassen. Dies ist aber nicht der Fall; vielmehr hat jedes Gesetz seinen eigenen Unternehmensbegriff, der mit den Mitteln formaler Logik nicht zu bestimmen ist³²⁵).

In den Wirtschaftswissenschaften wird das Unternehmen als Wirtschaftssubjekt angesehen³²⁶), Carell³²⁷) definiert das Unternehmen als eine „Vereinigung von Wirtschaftsfaktoren zu einer Einheit in wirtschaftlicher Hinsicht“. Die unter wirtschaftlichen Gesichtspunkten gesehene Einheit kann dabei der Gewinnerzielung dienen oder aber dem fortgesetzten Abschluß von Geschäften³²⁸).

Kann diese Erkenntnis etwas über den rechtswissenschaftlichen Unternehmensbegriff aussagen? Die Wirtschaftswissenschaften wollen mit ihren Erkenntnissen den Wirtschaftsablauf analysieren. Daher werden Begriffe gebildet, die gleiche Vorgänge beschreiben. Wenn die Rechtswissenschaft dagegen Begriffe bildet, geschieht das in der Absicht der Gesetzgebung. Die Einheiten sollen durch Rechtsnormen gestaltet werden³²⁹). Die Rechtssätze als Imperative dürfen aber keine Willkür sein. Daher müssen den Imperativen Bewertungen vorausgehen. Diese Bewertung ist die logische Voraussetzung der Bestimmung³³⁰). Daher können die Erkenntnisse der Wirtschaftswissenschaft nicht in der Weise übernommen werden, daß die dort gefundenen Be-

griffe in der Rechtswissenschaft verwandt werden. Aber die Erkenntnisse können für die Auslegung der Rechtsnormen Anhaltspunkte geben, da diese an die tatsächlichen Erscheinungen Rechtsfolgen knüpfen. Das ist gerade in einem Gesetz, das sich mit wirtschaftlichen Tatbeständen auseinandersetzt, von besonderer Bedeutung³³¹), muß aber als grundsätzliche Auslegungsregel in der ganzen Rechtswissenschaft gelten³³²).

Danach ist ein Wesensmerkmal des Unternehmens das Wirtschaften, das bedeutet, das Beschaffen von Gütern, um der Knappheit der Güter zu entgegen, und das Haushalten mit den gewonnenen Gütern³³³). Zur Verwirklichung des wirtschaftlichen Prinzips erfolgt diese Tätigkeit planvoll in Wirtschaftseinheiten, die sich durch die Arbeitsteilung gebildet haben. Da sich verschiedene Wirtschaftseinheiten bilden, muß eine Steuerung stattfinden. Die Probleme können nun modelltheoretisch von einem staatlichen Planträger oder nach Einzelplänen der Wirtschaftssubjekte gelöst werden. Diese Unterscheidung führt zur Zentralverwaltungs- oder zur freien Verkehrswirtschaft³³⁴). Aber es sind zwei Steuerungen erforderlich. Die eine muß innerhalb der Wirtschaftseinheit erfolgen, die andere muß die Wirtschaftseinheiten untereinander organisieren³³⁵). Wenn sich das Gesetz gegen „Wettbewerbsbeschränkungen“ richtet, so muß es die äußere Steuerung beeinflussen, denn die Wirtschaftseinheiten, die sich durch die Arbeitsteilung gebildet haben, können nur untereinander in einem beschränkbaren Wettbewerb stehen. Adressaten des Gesetzes sind also die Wirtschaftseinheiten, die dann als Unternehmen bezeichnet werden.

Es zeigt sich hier bereits, daß der Unternehmensbegriff weitgehend von der Wirtschaftsverfassung geprägt wird. Wenn in einer Wirtschaftsverfassung das einzelne Wirtschaftssubjekt keine selbständig planende Tätigkeit entwickeln kann, kann es dort keine Unternehmen geben. In der Terminologie Krauses³³⁶) ausgedrückt, ob der Mann oder das Werk im Vordergrund steht, muß es der Mann sein, der das Unternehmerische ausmacht. Einen wirtschaftsverfassungsrechtlichen Unternehmensbegriff findet man daher bei Köhler³³⁷), der als Unternehmen die Wirtschaftseinheit ansieht, „in der unter einem privaten, nicht plankoordinierten Träger der wirtschaftlichen Planungs- und Entscheidungsgewalt ein oder mehrere Betriebe zusammengefaßt sind“. Nicht die betrieblich organisatorische Einheit macht das Unternehmen aus, sondern die ökonomische und rechtliche Selbständigkeit sind für den wirtschaftsverfassungsrechtlichen Unternehmensbegriff entscheidend. Die ökonomischen Gegebenheiten dürfen also für den Unternehmensbegriff, wenn man seinen materiellen Gehalt erfassen will, nie unbeachtet bleiben³³⁸).

2. Der Unternehmensbegriff in der Rechtsordnung

a) Das Unternehmen als Gegenstand der Normen (gegenständlicher Unternehmensbegriff)

Die rechtswissenschaftlichen Untersuchungen über den Unternehmensbegriff sind dadurch gekennzeichnet, daß man auch hier das Unternehmen als eine Einheit auffassen will. Darum hat sich zuletzt besonders Brecher „Unterneh-

men als Rechtsgegenstand“ bemüht. Er geht von der Gegenstandseinheit, dem Grundverhältnis von Ganzheit und Teilen und den Obereinheiten aus. Die Einheiten werden durch den menschlichen Willen gebildet. Dabei erkennt er Abstufungen in dem Verhältnis der Rechtsbeziehungen von Person und Gegenstand. Volle Rechtszuständigkeit besteht beim Eigentum, sie lockert sich bei den wesentlichen Bestandteilen und den Aneignungsrechten auf. Bei den Obereinheiten besteht die Rechtsbeziehung nicht mehr an dem Substrat, sondern an den geistigen Verbindungen, z. B. den Immaterialgüterrechten. Bei den ungleichartigen Obereinheiten wächst die Bedeutung des personalen Moments, da verschiedenartige Gegenstände nur dadurch zusammengehalten werden können, z. B. Betrieb und Vermögen. Das Unternehmen schließlich unterscheidet sich von allen anderen Einheiten durch den „Willensakt“³³⁹). Durch ihn kann man aus jeder Tätigkeit ein Unternehmen machen, sogar aus dem Staat. Aber gewisse Bereiche widerstreben ihrem Wesen nach Unternehmen zu sein, ihnen fehlt das Wesentliche des Unternehmens, die Bestimmtheit vom Unternehmer her, dessen Willen sich stark verselbständigt und sich in der Beschaffung und Verwendung materieller Güter sowie in der Befriedigung materieller Bedürfnisse betätigt. Die Grundfaktoren des Rechts, Person und Gegenstand, erhalten für den Bereich des Unternehmens ihre Bestimmung als Wille und materielles Gut. Aus ihnen entwickelt nun Brecher alles weitere. Vom Willen aus gehört zum Unternehmen das Risiko, das Unternehmen darf nicht Spiel oder Pfründe sein, daher ist ständiger Einsatz gegenüber der Bedrohtheit erforderlich. Das Gewinnstreben und das erwerbswirtschaftliche Prinzip sind daraus herzuleiten³⁴⁰).

Diesem Unternehmensbegriff stellt Brecher die Verwaltungseinheit entgegen, in der Dynamik und Entscheidungsfreudigkeit fehlen. Die Grenze zwischen dem Unternehmen an sich und der Verwaltungseinheit verläuft also auf dieser Linie³⁴¹). Das Quasi-Unternehmen ist völlig verselbständigt. Der Wille des Unternehmers ist durch den Zweck des Unternehmens ersetzt. „Das Unternehmen ist System, nicht mehr Existenz“.

Brecher will seine Erörterungen für das Zivilrecht fruchtbar machen. Das nach § 823 Abs. 1 BGB geschützte Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb, das ein sonstiges Recht auf störungsfreie Entfaltung der gewerblichen Tätigkeit ist, will einen Unternehmensschutz gewähren³⁴²). Da § 823 Abs. 1 insoweit dem Schutz des Unternehmens dient, ist es hier erforderlich, eine umfassende Begriffsbestimmung zu finden, um den Wirkungsbereich der Norm zu erkennen. Ohne daß hier auf die Einzelheiten des Zivilrechts eingegangen werden kann, ist zu sehen, daß wenigstens eine geschäftliche oder wirtschaftliche Tätigkeit vorliegen muß, um von einem Unternehmen sprechen zu können, das nach § 823 Abs. 1 BGB geschützt wird. Dabei muß eine gewisse Absonderung von der übrigen Güterwelt vorhanden sein, damit der Umfang des Schutzes erkennbar wird³⁴³). Die Ausführungen Brechers zeigen, daß das Zivilrecht bei der Bestimmung seines Schutzgegenstandes wie die Wirtschaftswissenschaften die planvolle Tätigkeit in der Wirtschaftseinheit in den Vordergrund stellt.

Vor ähnlichen Problemen wie das Zivilrecht steht das Wettbewerbsrecht. Auch das UWG will das Unternehmen schützen, daher ist eine Aussage über den Schutzbereich erforderlich. Auch hier ist das Unternehmen nicht schlechthin ein Sondervermögen, sondern eine Werteinheit, die sich aus der zur Erreichung produktiv wirtschaftlicher Zwecke erfolgten Zusammenfassung seiner materiellen und immateriellen Komponenten kraft der schöpferischen Organisationsleistung des Unternehmens und der mit ihm schaffenden Personen ergibt. Diese besondere Art wirtschaftlicher Tätigkeit muß von unlauteren Einwirkungen freigehalten werden³⁴⁴⁾ ³⁴⁵⁾.

Das Handelsrecht befaßt sich in § 22 HGB mit der Übertragung des Unternehmens. Die Auslegung dieser Vorschrift muß also ebenfalls den Gegenstand erkennen lassen, der durch ein Rechtsgeschäft übertragen werden kann. Es ergibt sich insofern die gleiche Problematik wie im Zivil- und Wettbewerbsrecht³⁴⁶⁾.

Wenn bisher das Unternehmen Gegenstand der Aussage im Wirtschaftsverfassungs-, Zivil-, Wettbewerbs- und Handelsrecht war, so war das schwer Erfassbare die Einordnung des menschlichen Wirkens in die Rechtsordnung. Dieses menschliche Wirken wird bei dem Unternehmensbegriff des § 15 Akt.G. ausgeschaltet. Es ist hier nur ein rechtlich selbständiges Unternehmen, das zu wirtschaftlichen Zwecken unter einheitlicher Leitung zusammengefaßt ist, Gegenstand der Norm, die für den Konzern maßgebend ist³⁴⁷⁾. Neben dem materiellen Unternehmensbegriff gibt es also in der Rechtswissenschaft auch einen formellen Unternehmensbegriff, der nur die rechtlich selbständige Einheit meint. Daß aus den Unternehmen, die materiell diese Bezeichnung verdienen, Unternehmen werden können, die nur noch formell diese Bezeichnung verdienen, hat Eucken³⁴⁸⁾ für die deutschen Unternehmen von 1933 – 1948 nachgewiesen, wo durch die Errichtung von Syndikaten und Zwangskartellverwaltungen die einzelnen Unternehmer schließlich nur noch die Entscheidungsbefugnis eines Betriebsleiters hatten. Unter Betrieb ist dabei eine Einzelwirtschaft zu verstehen, die der Bedürfnisbefriedigung dient, ohne daß materiell in ihm eine Entscheidungsbefugnis gegeben ist³⁴⁹⁾.

Wenn die Rechtswissenschaft hier trotzdem von Unternehmen spricht, so zeigt das, daß dieser Begriff eine Rechtsform erläutern soll. Man spricht nicht von Betriebs-, sondern von Unternehmensformen³⁵⁰⁾. Erforderlich ist aber hier auch eine Selbständigkeit, die allerdings nur rechtlich, nicht wirtschaftlich begründet ist.

Aber auch bei diesem formellen Unternehmensbegriff des § 15 Akt.G. ist das Unternehmen Gegenstand der Norm. Sinn und Zweck der Norm ist es, etwas über das Unternehmen auszusagen, und daran für das Unternehmen eine Rechtsfolge zu knüpfen. In allen bisher aufgeführten Vorschriften war das Unternehmen Hauptinhalt, da über seinen Schutz, seine Übertragbarkeit und seine Form eine Aussage gemacht wurde. Die Folge davon war, daß die Definitionen eine Umschreibung des Rechtskreises geben mußten, der von der Norm erfaßt werden sollte. Dabei war kein anderer Begriff in der betreffenden Vorschrift vorhanden, nach dem sich die Auslegung hätte richten müssen.

Der Unternehmensbegriff war insoweit jeweils Gegenstand der Norm, weshalb man in diesen Fällen von einem „gegenständlichen“ Unternehmensbegriff sprechen kann.

b) Das Unternehmen als Funktion in der Norm (funktionaler Unternehmensbegriff)

Es zeigt sich, daß der Unternehmensbegriff nicht in allen Normen, in denen er verwandt wird, Gegenstand der Vorschrift ist. Auch das Arbeitsrecht befaßt sich mit wirtschaftlichen Vorgängen. Während dort hauptsächlich der wirtschaftliche Organismus des Betriebs im Vordergrund steht, wird von einem Unternehmen gesprochen, wenn es sich um Fragen der gestaltenden Tätigkeit handelt. Für Fragen der wirtschaftlichen Mitbestimmung knüpft das Betriebsverfassungsgesetz³⁵¹⁾ in § 67 an den Unternehmensbegriff an. Hueck³⁵²⁾ bestimmt daher das Unternehmen als eine organisatorische Einheit, die bestimmt wird durch den wirtschaftlichen oder individuellen Zweck, dem ein Betrieb dient. Da hier vor allem die Mitbestimmung geregelt wird, ist die Begriffsbestimmung auf das Ziel der Mitbestimmung abgestellt: die Einheit der im Betrieb tätigen Arbeitnehmer. Der Unternehmensbegriff dient hier nur dazu, diesen Kreis festzustellen.

Im Steuerrecht hat sich keine einheitliche Begriffsbildung vollzogen. Meistens bedeutet hier Betrieb die technisch organisatorische, Unternehmen die wirtschaftlich rechtliche Einheit, wobei allerdings die Begriffe auch in jeweils entgegengesetztem Sinn gebraucht werden³⁵³⁾.

Eine Besonderheit bildet das Umsatzsteuergesetz. Da es, wie das GWB, an das Austauschverhältnis der Marktgegensenden anknüpft, soll es im folgenden etwas genauer auf seinen Unternehmensbegriff geprüft werden. Nach § 2 Abs. 1 Satz 1 des Gesetzes ist Unternehmer, wer eine gewerbliche oder berufliche Tätigkeit selbständig ausübt. Bei dieser weiten Begriffsbestimmung mußte auch die öffentliche Hand dem Gesetz unterfallen. Daher bestimmt § 2 Abs. 2 des Gesetzes, daß die Ausübung hoheitlicher Gewalt keine gewerbliche oder berufliche Tätigkeit ist. Im Umsatzsteuerrecht ist also eine Auseinandersetzung mit dem Unternehmensbegriff in seiner Abgrenzung zur öffentlichen Hand da erforderlich, wo die öffentliche Hand Lieferungen und Leistungen erbringt. Nach § 19 UStDB³⁵⁴⁾ sind Bund, Länder oder Gemeinden dann nicht beruflich oder gewerblich tätig, wenn sie öffentliche Aufgaben erfüllen.

Erforderlich für die Unternehmereigenschaft nach dem Umsatzsteuergesetz ist eine Teilnahme am allgemeinen Wirtschaftsleben, d. h., wenn nachhaltig und gegen Entgelt Leistungen bewirkt werden, die auch Gegenstand privater Unternehmenstätigkeit sein könnten. Die Absicht der Teilnahme und die Absicht der Gewinnerzielung brauchen nicht vorzuliegen³⁵⁵⁾. Der Reichs- und Bundesfinanzhof haben eine umfangreiche Kasuistik in ihrer Rechtsprechung zu der Frage entwickelt, wann die öffentliche Hand Unternehmer oder Hoheitsträger ist³⁵⁶⁾. Die Unternehmereigenschaft wird dabei von der jeweiligen Tätig-

keit am Markt hergeleitet. Die Fiskuslehre wird hier mit dem Ergebnis weitergeführt, daß der Staat auch Unternehmer sein kann.

Nun knüpft die Umsatzsteuer als Verkehrssteuer zwar gerade an den Leistenden oder Liefernden an, während Untersuchungsgegenstand der Arbeit der Nachfragende ist. Aber die Teilnahme am Marktverkehr überhaupt läßt den Staat als Unternehmer und damit als Steuerschuldner erscheinen.

Der Gesetzgeber hat also im Umsatzsteuerrecht den Unternehmensbegriff gebraucht, um einen Pflichtigen für die Objektsteuer zu finden. Es soll nicht jedes Marktgeschehen dem Gesetz unterfallen. Aus dem Zweck des Gesetzes ergibt sich vielmehr die Einschränkung, nur die wirtschaftliche Kraft zu besteuern, die sich darin zeigt, daß eine Lieferung oder Leistung in gewerblicher Tätigkeit Absatz findet³⁵⁷). Diese wirtschaftliche Kraft ist bei einem beruflich oder gewerblich Tätigen vorhanden.

Noch deutlicher als im Arbeitsrecht zeigt sich hier der Unterschied des Unternehmensbegriffs gegenüber dem im Zivil-, Handels- und Wettbewerbsrecht verwandten. Der Begriff empfängt seine Bedeutung allein von dem Sinn und Zweck der Normen, in denen er gebraucht wird. Die Vorschrift des Umsatzsteuerrechts will den Besteuerungsvorgang erfassen, nicht aber hat sie das Unternehmen zum Gegenstand. Die Auslegung des Begriffs hängt also von der Funktion ab, die der Begriff innerhalb der jeweiligen Norm zu erfüllen hat³⁵⁸). Die eigentliche Auslegung des Gesetzes ergibt sich erst aus seiner rechtspolitischen Zwecksetzung³⁵⁹).

Wenn das Unternehmen als solches Gegenstand der Norm war, wurde von einem g e g e n s t ä n d l i c h e n Unternehmensbegriff gesprochen. Wenn der Unternehmensbegriff aber nur im Rahmen einer Vorschrift gebraucht wird, die einen anderen Gegenstand hat, die Mitbestimmung oder den Besteuerungsvorgang, so kann man hier von einem f u n k t i o n a l e n Unternehmensbegriff sprechen. Aus der Funktion innerhalb der Norm ist er jeweils neu zu entwickeln. Dabei stehen die beiden Unternehmensbegriffe aber nicht beziehungslos nebeneinander, sondern der funktionale Begriff ist im gegenständlichen als Grundlage immer erhalten. Giesecke³⁶⁰) bezeichnet daher als Kern des Unternehmensbegriffs die Betätigung in der Wirtschaft. Diese Betätigung ist immer zu fordern, wenn ein Unternehmen vorhanden sein soll.

So ist es auch zu verstehen, wenn Brecher³⁶¹) davon spricht, es sei eine Frage der Zweckmäßigkeit, was man unter dem Unternehmensbegriff zu verstehen habe. Auch der Staat könne Unternehmen sein. Wenn das Unternehmen, wie in der Schrift Brechers, Gegenstand der Aussage ist, muß dieser Begriff aus sich heraus entwickelt werden. Zur inhaltlichen Bestimmung können keine anderen Beziehungen hergestellt werden. Der dann gefundene Begriff kann häufig nicht mit dem Begriff übereinstimmen, der aus Zweckmäßigkeitsgründen gewählt wird. Die unstreitig dem „zweckmäßigen“ Unternehmensbegriff des GWB unterfallenden Verkehrsbetriebe erfüllen häufig nicht die Anforderungen, die Brecher an den Unternehmensbegriff stellen will.

Das wird verständlich, wenn man nun das GWB daraufhin überprüft, ob es den gegenständlichen oder funktionalen Unternehmensbegriff verwendet. Die

§§ 1 ff behandeln die wettbewerbsbeschränkenden Verträge, die von Unternehmen geschlossen werden, die §§ 15 ff Einzelverträge, die vom Unternehmen der gleichen Wirtschaftsstufe geschlossen werden, § 22 stellt auf die Marktbeherrschung durch Unternehmen ab, in §§ 25 ff werden die diskriminierenden Verträge behandelt. Die §§ 98 ff enthalten nur eine Scheinausnahme, da in ihnen – teilweise nur eine Klarstellung dessen enthalten ist –, was sich bereits aus dem Gesetz ergibt. Das Unternehmen ist hier nicht Gegenstand der Aussage. Im GWB findet man also auch den funktionalen Unternehmensbegriff.

c) Bedeutung der Verwendung des funktionalen Unternehmensbegriffs im GWB.

Für den Fortgang der Untersuchung sind daraus folgende Schlüsse zu ziehen. Der Kern des Unternehmensbegriffs muß auch für das GWB gelten. Das kommt in der Begründung zum Ausdruck, in der es heißt³⁶²⁾: „Es genügt (für das Tatbestandsmerkmal Unternehmen) eine Tätigkeit in der Erzeugung oder im geschäftlichen Verkehr“. Auch das BK benutzt diese Umschreibung³⁶³⁾.

Ob der Fiskus bei seiner Nachfragetätigkeit ein Unternehmen im Sinne des GWB ist, kann also nur entschieden werden, wenn der für das GWB maßgebliche Unternehmensbegriff aus dem Wettbewerbsbegriff und dem Begriff der Wettbewerbsbeschränkung entwickelt ist. Wenn die fiskalische Nachfragetätigkeit eine Teilnahme am geschäftlichen Verkehr ist, sie im Wettbewerb steht und eine Wettbewerbsbeschränkung im Sinn des Gesetzes herbeiführen kann, ist sie ein Unternehmen. Die Rechtsprechung zum eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb kann keinen Hinweis auf die Lösung geben, da dort gerade der gegenständliche Unternehmensbegriff benutzt wird³⁶⁴⁾. Man muß von dem Kern des Begriffs ausgehen und die Einschränkungen aus dem Gesetz entwickeln. Entgegen Müller-Henneberg³⁶⁵⁾ ist der Begründung des Entwurfs in dieser Frage zuzustimmen. Da der Unternehmensbegriff funktional ist, muß bei jeder Prüfung der Frage, ob eine Tätigkeit in der Erzeugung oder im geschäftlichen Verkehr vorliegt, die betreffende Tätigkeit in ihrer Einwirkung auf den Wettbewerb und damit die Wettbewerbsbeschränkung erkannt werden³⁶⁶⁾.

III. Der funktionale Unternehmensbegriff des GWB in seiner Beziehung zur fiskalischen Tätigkeit.

1. Die öffentlichen Unternehmen im GWB

Bei der Erörterung der Wirtschaftstätigkeit der öffentlichen Hand spielt das öffentliche Unternehmen eine besondere Rolle. Otto Mayer³⁶⁷⁾ verstand darunter noch jede wirtschaftliche Tätigkeit, die im öffentlichen Interesse erfolgt, während Forsthoff³⁶⁸⁾ darunter nur die Tätigkeit in der Produktionssphäre durch mehr oder weniger verselbständigte Rechtsträger versteht. Der verwaltungsrechtliche Begriff des öffentlichen Unternehmens wird also vorwiegend für die Gebilde gebraucht, die nach § 98 GWB unstreitig dem Gesetz unterfallen.

Am Beispiel des öffentlichen Unternehmens soll aber nochmals der Unterschied zwischen dem gegenständlichen und funktionalen Unternehmensbegriff gezeigt werden. Schnettler³⁶⁹⁾ unterteilt die staatliche Wirtschaftstätigkeit in lenkende – der Rahmen wird geschaffen und Einzeleingriffe finden statt – und partizipierende Tätigkeit – der Staat ist Konsument und Produzent. Als Produzent bildet er öffentliche Unternehmen. Wenn man für den gegenständlichen Unternehmensbegriff die wirtschaftliche Selbständigkeit und das Risiko fordert, so ist das bei dem öffentlichen Unternehmen sehr zweifelhaft. Schnettler³⁷⁰⁾ bejaht zwar, daß es wirtschaftswissenschaftlich ein öffentliches Unternehmen gibt, muß aber bezüglich der Größe, Selbständigkeit und des Risikos gegenüber dem sonstigen wirtschaftswissenschaftlichen Begriff erhebliche Einschränkungen machen. Die Versuche Hausmanns³⁷¹⁾, die öffentliche Wirtschaft in ihren Erscheinungsformen darzustellen, führen wegen der Besonderheiten ebenfalls zu keinem klaren Ergebnis. Daher ist wohl Spohn³⁷²⁾ im Rahmen der Wirtschaftswissenschaften zuzustimmen, daß es hier ein öffentliches Unternehmen überhaupt nicht gibt. Die Wesensmerkmale sind so verschieden, daß der Oberbegriff nicht paßt, und daß „privatwirtschaftliches Unternehmen“ eine Tautologie darstellt.

Die Ausführungen Spohns müssen dazu veranlassen, die Wirtschaftstätigkeit der öffentlichen Hand in keinem Fall als Unternehmen zu bezeichnen. Von den Wirtschaftswissenschaften her wäre dann das Ergebnis Brechers bestätigt. Das GWB aber läßt sich auf diesen Streit gar nicht ein. Es ordnet sich in §§ 98 ff die öffentlichen Unternehmen unter. Das ist nur mit der Verwendung des funktionalen Unternehmensbegriffs zu erklären.

Dieser verbietet es aber auch, aus den äußeren Übereinstimmungen Folgerungen zu ziehen. Wenn Samuelson³⁷³⁾ von den USA als dem größten Unternehmen der Welt spricht, so berechtigt das nicht zu der Annahme, die staatliche Beschaffungstätigkeit unterfalle dem GWB, das an den Unternehmensbegriff anknüpft, denn es fehlt noch die für den juristischen Begriff erforderliche Wertung an der Wettbewerbsbeschränkung³⁷⁴⁾.

2. Die Behandlung der Nachfragetätigkeit im GWB

Nach den Verdingungsordnungen werden nur Güter nachgefragt. Wenn die fiskalische Tätigkeit also dem GWB unterfallen soll, muß das Gesetz auch für die Nachfrage gelten. Aus dem Wortlaut ist das Gegenteil nicht zu entnehmen. Für das geltende Recht kann man also davon ausgehen, daß zwischen Einkauf und Verkauf kein Unterschied besteht. Der Wettbewerb auf der Nachfrageseite besteht darin, die Konkurrenten zu unterbieten und sie dadurch von der Kaufmöglichkeit auszuschließen³⁷⁵⁾.

Der KartVO³⁷⁶⁾ unterfielen, da sie als Kartellzweck die Beschränkung der Erzeugung oder des objektiven Bedarfs forderte, fast nur die Verkaufsverbände³⁷⁷⁾. Auch in der Wissenschaft beschäftigte man sich kaum mit dem Nachfragemarkt, da man ihn mit den atomisierten Verbrauchern gleichsetzte³⁷⁸⁾. In welcher Weise im Verlaufe der jüngsten Entwicklung die „Nachfragemacht“ gewachsen ist, hat neuestens Sölter³⁷⁹⁾ nachgewiesen.

Auch die Nachfrager können die Marktverhältnisse beeinflussen. Die Größe und Verteilung der Marktanteile, die Art und Intensität des Wettbewerbs und die Zugänglichkeit zum Markt kann von beiden Marktseiten geändert werden. Auch Einkaufsmacht ist schädlich, da sie den Marktpreis willkürlich verändern kann³⁸⁰). Der Wettbewerb veranlaßt die Marktteilnehmer zum ständigen Leistungsvergleich, als ökonomisches Gerechtigkeitsprinzip hilft er die leistungsmäßige Einkommensverteilung durchzusetzen³⁸¹). Wenn die Käuferseite vom GWB ausgenommen wäre, würde sich das Kräftepotential ständig zu Gunsten der nachfolgenden Wirtschaftsstufe verändern. Das Kapital würde sich bei der jeweils nächsten Wirtschaftsstufe konzentrieren, so daß eine optimale Koordination der Produktionsfaktoren nicht mehr erreicht wäre³⁸²).

Da der Käufermarkt bereits die Regel ist, würde das Gesetz bei einer anderen Auslegung den ökonomisch schon Begünstigten auch noch rechtlich begünstigen. Ein Grund für die Entstehung der Verdingungskartelle war das Nachfragemonopol der öffentlichen Hand. Die Gefahren einer einseitigen Marktmacht, sowohl auf der Anbieter- als auch auf der Nachfragerseite weist Vershofen³⁸³) nach. Sein Gedanke, die Marktmacht durch Gegengewichtskartelle zu bekämpfen, hat aber im GWB keinen Niederschlag gefunden, und diese Kartelle könnten wohl die ihnen zugeordnete Funktion auch volkswirtschaftlich nicht erfüllen³⁸⁴). Durch eine Steigerung des Monopolisierungsgrades wird gerade die Funktionswirkung des Wettbewerbs, der durch das Gesetz gefördert werden soll, beeinträchtigt³⁸⁵).

Da auch bei den „zahlenden Kunden“³⁸⁶) keine Gewähr dafür besteht, daß sie von ihrer Monopolstellung keinen willkürlich schlechten Gebrauch machen, müssen auch sie dem GWB unterfallen. Die besonders von genossenschaftlicher Seite vorgetragenen Argumente über die günstigen Einwirkungen ihrer Nachfragemacht auf das Marktgeschehen hat Sölter im einzelnen kritisch beleuchtet und dabei nachgewiesen, daß auch diese Nachfragepositionen dem GWB unterfallen müssen³⁸⁷).

Aus der Tatsache, daß der Fiskus bei Anwendung der Verdingungsordnungen Nachfrager ist, kann also die Unanwendbarkeit des Gesetzes nicht hergeleitet werden.

3. Ermittlung des funktionalen Unternehmensbegriffs aus dem Wettbewerbsbegriff und Anwendung auf die fiskalische Tätigkeit

A. Der wirtschaftliche Wettbewerbsbegriff

Im Gesetz selbst findet sich keine Definition des Wettbewerbs oder der Wettbewerbsbeschränkungen. Der Wettbewerbsbegriff ist ein wirtschaftlicher und soziologischer Begriff³⁸⁸). Trotzdem aber kann sich das Recht des Wettbewerbs als Ordnungsfunktion bedienen. Dann wird nicht eine volkswirtschaftliche Marktform gefordert, sondern die Rechtsordnung benutzt den wirtschaftlichen Leistungs- und Auslesekampf zur Herbeiführung der richtigen Ordnung³⁸⁹). Sie wertet diesen Kampf zunächst und erhebt ihn dann zur Norm. Daher hat sich auch die Rechtswissenschaft mit dem Wettbewerbsbegriff zu befassen. Für die Zwecke des UWG gilt folgende Begriffsbestimmung: „Den

Zwecken des Wettbewerbs dient eine Handlung im geschäftlichen Verkehr dann, wenn durch sie der eigene Absatz gefördert oder der fremde beeinträchtigt wird, und der eigene Kundenkreis auf Kosten des Gewerbsgenossen erweitert werden soll³⁹⁰⁾". Dieser Begriff ist aus den Erfordernissen des UWG entwickelt, berücksichtigt dabei aber das volkswirtschaftliche Gesetz der Knappheit der Güter.

Der Versuch Hefermehls³⁹¹⁾, ein einheitliches Wettbewerbsrecht zu schaffen, indem der Zweck des UWG nicht nur im Individualschutz, sondern wesentlich auch im Schutz der Allgemeinheit zur Wahrung des Rechtsfriedens gesehen wird, besonders sein Verweis auf § 13 Abs. 1 UWG, kann nicht überzeugen³⁹²⁾. Aus den folgenden Ausführungen wird sich die besondere Zweckrichtung des GWB ergeben, das zwar sowohl dem Individualschutz als auch dem Schutz der Institution der freien Marktwirtschaft dient, das aber den Wettbewerb gerade erst fördern will. Seine Schutzbestimmungen können daher nicht auf den Wettbewerb als Realität bezogen sein, sondern sie müssen den Wettbewerb im Sinne der unbeschränkten Freiheit des Zugangs zum Markt und der Entscheidung über Art, Umfang und Intensität der Wettbewerbsbetätigung schützen³⁹³⁾. Der durch das GWB geschützte Wettbewerb beginnt also früher als der, den das UWG schützt.

Da die KartVO an den Kartellbegriff anknüpfte, wurde im Kartellrecht der Wettbewerbsbegriff lange Zeit nicht beachtet. Die Beseitigung der Gefährdung des Gemeinwohls war das wichtigste Ziel der Verordnung³⁹⁴⁾.

Erst Böhm³⁹⁵⁾ machte die Frage nach dem Wettbewerbsbegriff zu einer Rechtsfrage für das Kartellrecht. Von der klassischen Nationalökonomie ausgehend, definierte er Wettbewerb als die Einflußlosigkeit der einzelnen Mitbewerber auf das Marktgeschehen. Die Kartellrechtsliteratur folgte im wesentlichen den Erkenntnissen Böhms³⁹⁶⁾. Er verglich den sportlichen Wettlauf mit der Konkurrenz³⁹⁷⁾. Gegen diese Gleichsetzung erhebt heute besonders Röper³⁹⁸⁾ Einwendungen, da in der Wirtschaft kein endgültiges Ziel, keine Pausen, ungleiche Startbedingungen und Störungen von außen gegeben seien. Der unpersönliche Markt habe auch keine Spielregeln. Diese Auseinandersetzung um den Wettbewerbsbegriff ist wesentlich wirtschaftswissenschaftlicher Natur, aber die Begründung des Gesetzentwurfes geht hierauf kurz ein³⁹⁹⁾. Wenn gesagt wird, die Zahl der Marktteilnehmer müsse auf beiden Seiten so groß sein, daß der Marktpreis für den Unternehmer eine von seinem Verhalten unabhängige Größe sei, so entspricht das dem Idealbild Eukens⁴⁰⁰⁾. Die Volkswirtschaftstheorie hat noch eine Reihe von Wettbewerbsbegriffen entwickelt, die nicht die vollkommene Konkurrenz als Hauptfall des Wettbewerbs ansehen⁴⁰¹⁾. Von den theoretischen Begriffen erscheint aber der der vollkommenen Konkurrenz noch als der beste⁴⁰²⁾.

Das Gesetz soll aber – wie selbst Böhm⁴⁰³⁾ zugibt – ein Höchstmaß an „Kompetitivität“ herbeiführen. Es erscheint daher fraglich, ob der von Böhm entwickelte Wettbewerbsbegriff im GWB gelten kann.

Dieser Wettbewerbsbegriff entspricht nämlich nur zum Teil dem, was im Sprachgebrauch des täglichen Lebens als Wettbewerb bezeichnet wird. Die

Mitbewerber sprechen nicht nur von Konkurrenz, wenn sie diese haben, da sie die Preise aus dem Markt entnehmen, sondern vor allem dann, wenn sie die Marktverhältnisse beeinflussen, wenn sie sich Konkurrenz machen. Die vollständige Konkurrenz ist „Schlafmützenkonkurrenz“, verglichen mit der monopolistischen Konkurrenz, die der Praktiker alleine als solche anerkennt⁴⁰⁴). Wettbewerb als Handlung gegenüber den Konkurrenten wird im praktischen Sinn angenommen, wenn der einzelne Anbieter oder Nachfrager die Möglichkeit hat, die Bedingungen zu beeinflussen, unter denen er kauft oder verkauft. Wenn er diese als gegeben vom Markt nimmt, ist er nicht Konkurrent, sondern der wirtschaftende Mensch sieht sich als Konkurrent dann an, wenn er durch möglichst günstige Gestaltung der Bedingungen den Markt beeinflussen kann⁴⁰⁵). Das Denkmodell der vollkommenen Konkurrenz kann zwar Leitbild, niemals aber zu verwirklichendes Ziel sein oder dem Gesetz zu Grunde liegen⁴⁰⁶).

In der Volkswirtschaftslehre wird neuerdings auch die Marktform der monopolistischen Konkurrenz behandelt. Sie ist gegeben, wenn jeder Teilnehmer am Markt durch sein Verhalten das Verhalten der anderen Marktteilnehmer beeinflusst. In einem eng begrenzten Bereich ist hier jeder Mitbewerber Monopolist, da er nicht reaktiv plant⁴⁰⁷). Bei der monopolistischen Konkurrenz unter vielen ist der Spielraum des einzelnen wieder so klein, daß diese Marktform wesentliche Wettbewerbsbeschränkungen nicht zuläßt. Daher ist für das GWB nur die monopolistische Konkurrenz unter wenigen bedeutsam, da deren Vorliegen die klassische Theorie vom heterogenen Oligopol spricht, das sich vom reinen Oligopol durch die Unterscheidbarkeit der Güter auszeichnet. Der hier beschriebene Zustand kommt dem praktischen Wettbewerb sehr nahe. Aber auch diese volkswirtschaftliche Lehrmeinung kann nicht zur Auslegung des Gesetzes verwandt werden, obwohl sie dem Gesetz schon näher liegt als der Euckensche Konkurrenzbegriff, der auf der Antithese zum Monopol aufbaut, und Menschen, die sich im Wettbewerb befinden, zu Monopolisten macht. Dem Gesetz muß ein wirtschaftlicher Wettbewerbsbegriff zu Grunde gelegt werden⁴⁰⁸). Der Wettbewerb muß vom Gesetz geschützt werden, den der praktisch wirtschaftende Mensch als solchen empfindet⁴⁰⁹). Dieses Erfordernis erfüllt der Wettbewerbsbegriff bei Borchardt-Fikentscher⁴¹⁰):

„Wettbewerb ist das selbständige Streben sich gegenseitig im Wirtschaftserfolg beeinflussender Anbieter oder Nachfrager (Mitbewerber) nach Geschäftsverbindungen mit Dritten (Kunden) durch Inaussichtstellen möglichst günstiger Geschäftsbedingungen“.

Dieser Wettbewerbsbegriff hat wegen seiner Praktikabilität für das GWB weitgehend Zustimmung gefunden⁴¹¹), ⁴¹²), ⁴¹³).

Es kommt in dieser Begriffsbestimmung zum Ausdruck, daß die Mitbewerber untereinander Konkurrenz haben, sie beeinflussen sich, und daß sie sich Konkurrenz machen, sie streben nach Geschäftsverbindungen mit Dritten. Diese Definition erfaßt also den gesamten Bereich, der als Wettbewerb bezeichnet wird. Er umfaßt auch die Angebots- und Nachfrageseite, denn es heißt allgemein „Geschäftsverbindungen mit Dritten“, es ist also keine Be-

schränkung auf eine Marktseite⁴¹⁴). Dabei soll freilich nicht verkannt werden, daß es noch keinen allgemein anerkannten Wettbewerbsbegriff im GWB gibt. Einigkeit dürfte lediglich darüber bestehen, daß hierunter nicht der modelltheoretische Begriff Eukens zu verstehen ist⁴¹⁵).

Zudem hat Strickrodt⁴¹⁶) darauf hingewiesen, daß nicht einmal dem GWB ein einheitlicher Wettbewerbsbegriff zu Grunde liegt, sondern daß der Begriff in den Normen jeweils bestimmte Funktionen erfüllen muß. Als Grundanfordernis sieht aber auch er den effektiven Wettbewerb an, worunter er einen am Markt wirksamen, als selbständiges Vorgehen erkennbaren Wettbewerb versteht⁴¹⁷).

Der Wettbewerbsbegriff bei Borchardt-Fikentscher entspricht auch dem Zustand, den der Abgeordnete Kurlbaum als Wettbewerb im Ausschlußbericht bezeichnet⁴¹⁸); im Gegensatz zur Begründung der Bundesregierung, der das Euckensche Modell zu Grunde lag. Zwar können für das GWB die Meinungen der Beteiligten wenig für die Auslegung sagen⁴¹⁹), und für die Auslegung darf nur der objektive Wille des Gesetzgebers und nicht die subjektive Vorstellung einzelner am Gesetzgebungsverfahren Beteiligter entscheiden⁴²⁰). Aber das Parlament steht doch der Gesetzgebung näher als die Regierung. Daher scheint es gerechtfertigt, in Zweifelsfragen auch aus staatsrechtlichen Gründen mehr dem Bericht als der Begründung zu folgen⁴²¹).

B. Die fiskalische Tätigkeit im Rahmen des wirtschaftlichen Wettbewerbsbegriffs

Der Wettbewerbsbegriff des Gesetzes knüpft an den Wirtschaftserfolg an. Am Wettbewerb teilnehmen kann also nur, wer um wirtschaftlichen Erfolg kämpft. Das aber tut wiederum nur derjenige, der sich am Wirtschaftsleben beteiligt, der am geschäftlichen Verkehr teilnimmt. Der Wettbewerbsbegriff des GWB führt also wieder zu dem funktionalen Unternehmensbegriff, wie er schon in den Gesetzesmaterialien verwandt wird. Die fiskalische Nachfrage-tätigkeit muß also nun darauf überprüft werden, ob sie die Voraussetzungen des Wettbewerbsbegriffs erfüllt.

a) Das Streben nach Geschäftsverbindungen

Man könnte zunächst das Streben der öffentlichen Hand als Nachfrager vermissen. Die tatsächliche Lage ist meistens so, daß die öffentliche Hand bei der Ausschreibung nach den Verdingungsordnungen einer Überzahl von Bietern gegenübersteht. Nach der Wettbewerbsdefinition bei Westermann⁴²²) ist tatsächlich ein Kampf Voraussetzung für den Wettbewerb. Daß dies nicht zutreffen kann und auch bei der hier angenommenen Wettbewerbsdefinition nicht erforderlich ist, zeigt folgende Überlegung⁴²³). Die Marktseite, die aus irgendwelchen, auch außerwirtschaftlichen Gründen im Vorteil wäre, könnte dann z. B. Preiskartelle bilden oder sonstige Beschlüsse fassen, die die Gegenseite beeinträchtigen, ohne daß sie damit den Wettbewerb beeinflusste und dem Gesetz unterliefe. Das GWB müßte dann seinem Inhalt nach die bereits stärkere Marktseite begünstigen. Gleichgültig, ob das GWB die Individualinteressen oder die Marktwirtschaft als Institution

schützt, will es jedenfalls dieses Ergebnis nicht herbeiführen. Ziel des Gesetzes ist Wettbewerb im weitesten Sinne. Die Bestimmungen, die das erreichen sollen, sind daher nicht auf den Wettbewerb als Realität bezogen, sonst kämen die aufgezeigten dem Gesetz widersprechenden Ergebnisse zustande⁴²⁴). Ob Wettbewerb tatsächlich stattfindet, ist nur in §§ 16 Abs. 1,1 und 22 Abs. 2 GWB von Bedeutung. Hier ist der Wettbewerb nicht Voraussetzung des Schutzes, sondern an sein Vorhandensein werden bestimmte Rechtsfolgen geknüpft. Selbst wenn also, wie meistens, die fiskalischen Nachfragestellen untereinander nicht im Kampf stehen, so ist doch die Wettbewerbssituation gegeben, es kann auch der Kampf entstehen. Das Fehlen des Kampfes kann zu einer gemeinsamen Marktbeherrschung führen⁴²⁵). Wenn wirtschaftliche Gründe im Augenblick gegen einen Kampf sprechen, kann das nicht dazu führen, diesen Wirtschaftsbereich vom GWB auszunehmen, da sonst ungleiche Marktverhältnisse geschaffen würden⁴²⁶). Entscheidend ist, ob der Marktpartner in die Wettbewerbssituation treten, ob er also günstigere Geschäftsbedingungen bieten kann. Da die öffentliche Hand in der Gestalt des Fiskus „ihre Krone absetzen“⁴²⁷) und sich der Privatrechtsordnung unterstellen kann, kann sie auch an dem wettbewerblichen Streben teilnehmen. Sie muß es tun, wenn die angebotenen Güter knapp sind. Dabei kann ein Wettbewerb sowohl zwischen den fiskalischen Stellen der öffentlichen Hand als auch zwischen der öffentlichen Hand und privaten Nachfragern entstehen.

b) Die Teilnahme am Geschäftsverkehr

- aa) Die Verwendung des nachgefragten Gutes und der Verbrauch keine Kriterien für den Unternehmensbegriff

Für die Nachfragetätigkeit des Fiskus wird nun die Unternehmenseigenschaft gerade deshalb bestritten, weil er nicht am Wirtschaftsleben aktiv teilnehme. Die Argumentation von Müller-Henneberg und Rittner⁴²⁸) ist dabei im wesentlichen folgende. Der Gegensatz zum Unternehmen sei die Privatperson. Die Privatperson soll in der Regel nicht vom GWB angesprochen sein. Zwar treten auch sie an den Markt heran, sie müssen für ihren Bedarf nachfragen. Diese Nachfrage für den Verbrauch soll aber nicht dem GWB unterfallen, da lediglich eine passive Teilnahme am Wirtschaftsverkehr gegeben sei. Daraus wird gefolgert, fiskalische Stellen unterfielen bei der Nachfrage nicht dem GWB, da sie als Verbraucher nur passiv am Wirtschaftsverkehr teilnehmen. Eine Einschränkung wird gemacht, daß dies nur bei Beschaffungen für außerwirtschaftliche Zwecke gelte. Diesen Gedanken betont besonders Rittner. Es müßte also bei jeder fiskalischen Beschaffung die Verwendung des beschafften Gutes für wirtschaftliche oder außerwirtschaftliche Zwecke entscheiden, ob die nachfragende Stelle Unternehmen war. Huber⁴²⁹) verdeutlicht wohl die Argumentation noch, wenn er von Beschaffungen für Verteilungszwecke spricht. Der Fiskus als Selbstverbraucher ist kein Unternehmen, der Fiskus als Verteiler ist Unternehmen⁴³⁰).

Gegen diese Argumentation kann nicht angeführt werden, eine juristische Person könne nicht Verbraucher sein. Ein solcher Verbrauchsbegriff wäre viel

zu eng. Auch die AG, die sich ihre Rohstoffe beschafft, verbraucht diese im Produktionsprozeß. Jede Verwendung von sächlichen Mitteln ist ein Verbrauch. Der Fiskus ist also wohl für einen großen Teil der beschafften Güter Verbraucher.

Fraglich erscheint aber, ob man aus der Art der Verwendung des beschafften Gutes Rückschlüsse darauf ziehen darf, ob die Nachfrage des Gutes am Markt dem GWB unterfällt. Für die eigentlichen Unternehmen wird das auch schon von Müller-Henneberg und Rittner abgelehnt⁴³¹). Man will keine Unterscheidung zwischen Haupt- und Hilfsgeschäften bei den selbständigen Angehörigen der Wirtschaft treffen.

Die Frage geht also dahin, ob der Fiskus wirklich nur passiv am Wirtschaftsleben teilnimmt, indem er für seinen eigenen Gebrauch Waren oder gewerbliche Leistungen bezieht. Für die bis in das 19. Jahrhundert geltende Fiskustheorie, die den Fiskus als eine vom Staat getrennte Person ansah, die den Hoheitsträger durch erwerbswirtschaftliche Tätigkeit mit den erforderlichen sächlichen Substraten versehen sollte, wäre das Problem nicht entstanden. Der Fiskus wäre dann nicht Verbraucher gewesen, sondern er hätte für Verteilungszwecke beschafft. Daß dabei keine Gewinnerzielung stattgefunden hätte, wäre für den Unternehmensbegriff unerheblich. Es ist nämlich anerkannt, daß es auf den Zweck des Unternehmens nicht ankommt. Auch ein Wirtschaften für gemeinnützige Zwecke schließt die Unternehmenseigenschaft nicht aus⁴³²). Wenn eine solche „Durchgangsperson“ vorhanden wäre, müßten Müller-Henneberg und Huber diese als Unternehmen bezeichnen, da zu Verteilungszwecken beschafft wird. Der Fiskus unterfiele bei seinen Beschaffungen dem GWB. Bei der von Müller-Henneberg und Huber gewählten Ausgangsposition wäre es also lediglich eine Frage der Konstruktion des Fiskusbegriffs, ob das GWB Anwendung finden kann.

Rittner geht noch weiter in der Freistellung des Fiskus vom GWB. Beschaffungen für Zwecke, die außerhalb der Wirtschaft stehen, sollen ebenso wenig dem GWB unterfallen wie die Beschaffungen für den Verbrauch. Die Beschaffungen des Fiskus erfolgen aber meistens, um Leistungen zur Verfügung zu stellen, die außerhalb der Wirtschaft stehen. Nach dem im Grundgesetz verankerten Subsidiaritätsprinzip darf der Staat sich nur im Rahmen der Leistungsverwaltung wirtschaftlich betätigen. Praktisch würden damit alle Beschaffungen nicht dem GWB unterfallen. Die Formulierung des Gesetzes, das nämlich von Unternehmen, die von der öffentlichen Hand „verwaltet“ werden, in § 98 spricht und damit die behördeneigenwirtschaftliche Tätigkeit meint, ist aber mit dieser Auffassung nicht vereinbar. Wenn im Ausschußbericht und den Kommentaren daran anschließend immer der Forstfiskus erwähnt wird, so beruht das auf der Vorstellung, daß das GWB hauptsächlich die Anbieterseite betreffe. § 98 gilt aber ebenso wie das ganze Gesetz sowohl für die Anbieter als auch die Nachfrager⁴³³). Wenn man auf die Verwendung des beschafften Gutes abstellte, um die Unternehmenseigenschaften zu erkennen, könnte man die im § 98 GWB genannten Unternehmen nicht als solche bezeichnen. Weiter spricht gegen diese Methode der Bestimmung der Unternehmenseigenschaft, daß der

Zweck des Unternehmens, erwerbswirtschaftlich oder gemeinnützig, der sich ja auch aus der Art der Verwendung der Mittel ergibt, als nicht maßgeblich erkannt wird. Die unterschiedliche Behandlung des Fiskus, je nachdem welcher Theorie man folgt, spricht auch nicht für die Richtigkeit der Ansicht.

bb) Das Marktverhalten als Kriterium

Bei einer Lösung der Frage muß davon ausgegangen werden, daß Privatpersonen nicht von dem Gesetz angesprochen werden. Als Haushalte sind sie nur Verbraucher, die von dem Gesetz geschützt werden sollen⁴³⁴). Der Wettbewerbsbegriff, der zur Erkenntnis des funktionalen Unternehmensbegriffs führt, muß auch die Bedeutung des verbrauchenden Privatmanns erkennen lassen.

Es muß also der Nachfrager gefunden werden, der nur Verbraucher oder Privatperson ist. Jeder Nachfrager ist nämlich auch Verbraucher, da er die nachgefragten Gegenstände für seine Zwecke verwertet. Auch das Automobilwerk verbraucht die Bleche, die es sich beschafft, deshalb verliert es aber insoweit nicht seine Unternehmenseigenschaft.

Wenn die spätere Verwendung des beschafften Gutes also kein brauchbares Kriterium für die Bestimmung der Unternehmenseigenschaft im GWB ist, kann nur der Wettbewerbsbegriff den Gegensatz zwischen Unternehmen und Privatperson bestimmen. Wenn das Unternehmen dem GWB unterfällt, weil es sich in der Erzeugung oder dem geschäftlichen Verkehr betätigt, dann darf sich die Privatperson nicht in der Wirtschaft betätigen, sie darf kein „unternehmerisches Ziel“ haben⁴³⁵. Dieses unternehmerische Ziel kann nicht die Verwendung des Gutes sein. Das gestattet auch der funktionale Unternehmensbegriff nicht. Er muß dort seine Funktion erfüllen, wo er angewandt wird. Im GWB wird er in Beziehung zum Wettbewerb gesetzt. Wettbewerb aber findet am Markt statt. Beim Anbieten und Nachfragen entfaltet sich das Streben nach Geschäftsverbindungen. Das Verhalten bei der Nachfrage muß also darüber entscheiden, ob der Fiskus eine Privatperson oder ein Unternehmen im Sinne des GWB ist. Dabei kann das Marktverhalten von der späteren Verwendung des nachgefragten Gutes beeinflusst sein. Aber die Verwendung entscheidet nicht über eine aktive selbständige Teilnahme am Wirtschaftsleben.

Ein Einwand gegen diese Betrachtung könnte sein, daß heute jede Privatperson praktisch am Wirtschaftsverkehr teilnehmen muß. Sie ist Marktsubjekt und steht unter dem unausweichlichen Marktzwang⁴³⁶). Ist deshalb jede Privatperson auch Unternehmen? Das Unternehmen betätigt sich in der Wirtschaft, die Privatperson nimmt am Wirtschaftsleben teil. Die Privatperson nimmt passiv am Marktgeschehen teil, da sie nicht den Markt gestaltet. Sie verwirklicht zwar auch das wirtschaftliche Prinzip, indem sie mit gegebenem Aufwand den größtmöglichen Nutzen erzielen will. Sparsamkeit und Wirtschaftlichkeit sind daher Gegebenheiten, die bei dem privaten Haushalt, der privaten Unternehmung, und den Ausgaben der öffentlichen Hand anzutreffen sind⁴³⁷). Der in der

Wirtschaft Tätige gestaltet aber durch sein Verhalten den Wirtschaftsablauf. Seine Verflechtung mit dem Wirtschaftsgeschehen gebietet es ihm, nicht nur für den Augenblick ein günstiges Geschäft abzuschließen, sondern er muß weiter planen und Rücksicht nehmen. Da seine Betätigung im wirtschaftlichen Verkehr stattfindet, muß er, selbst wenn seine Güter später außerhalb der Wirtschaft verwandt werden, auf Grund seines unternehmerischen Ziels sich am Markt so verhalten, daß er weiter Geschäftsabschlüsse tätigen kann. Durch seine Marktbeeinflussung nimmt der Unternehmer also aktiv am Wirtschaftsleben teil, er betätigt sich in der Wirtschaft, die Privatperson dagegen tritt nur an den Markt heran, um, von ihrem Wesen aus gesehen, einen Nebenzweck zu erfüllen. Ohne eine Marktgestaltung fragt sie lediglich nach den Gütern nach. Dieser Gedanke kommt im Frankfurter Kommentar⁴³⁸⁾ dadurch zum Ausdruck, daß gesagt wird, überall, wo in der Wirtschaft etwas „unternommen“ werde, liege ein Unternehmen vor, dem Unternehmen hafte das nachhaltige Betreiben an⁴³⁹⁾. Im Regelfall unternimmt der Haushalt, der für den privaten Verbrauch beschafft, nichts in der Wirtschaft. Wenn Privatpersonen sich zu Wettbewerbszwecken zusammenschließen, sind sie eben keine Privatpersonen im Sinne des GWB mehr, sondern sie werden zu Unternehmern im Sinne des GWB. Deshalb darf man aber nicht den funktionalen Unternehmensbegriff im Gegensatz zum Verbraucher sehen, sondern man muß ihn, vom Wettbewerb ausgehend, im Gegensatz zum Nicht-Wettbewerber der Wirtschaft sehen. Dieser Nicht-Wettbewerber ist die Privatperson. Ob der Fiskus bei seinen Nachfragen also aktiv in der Wirtschaft tätig ist, und damit Unternehmen, oder ob er nur passiv am Wirtschaftsgeschehen teilnimmt, und damit Privatperson ist, kann für das GWB nur sein Marktverhalten entscheiden, da hier der wirtschaftliche Wettbewerb stattfindet.

Die Rechtsprechung hatte sich in dieser Weise noch nicht mit dem Unternehmensbegriff auseinanderzusetzen. Die ergangenen Entscheidungen lassen aber erkennen, daß der Begriff grundsätzlich weit ausgelegt wird. So nimmt der BGH⁴⁴⁰⁾ an, daß auch ein zur Zeit stillliegendes Werk Unternehmen im Sinne des GWB sei, da die Möglichkeit bestehe, daß es sich wieder selbständig im marktwirtschaftlichen Wettbewerb betätige. Das KG⁴⁴¹⁾ hat die vereidigten Buchprüfer als Unternehmen angesehen, da sie keine rein private, und sich außerhalb des Erwerbslebens abspielende Tätigkeit haben.

cc) Der Fiskus kein Verbraucher

Wenn auch erkannt wurde, daß die Tatsache des Verbrauchs als spätere Verwendung des Gutes nichts darüber aussagen kann, ob der Fiskus ein Unternehmen im Sinne des GWB ist, so soll doch überprüft werden, ob der Fiskus bei seinen Beschaffungen überhaupt Verbraucher ist. Die Gleichsetzung von Privathaushalt und Staatshaushalt als solche ist nämlich bereits zweifelhaft.

Wohl spricht die Volkswirtschaftslehre von der Befriedigung von Kollektivbedürfnissen beim Staatsverbrauch⁴⁴²). Aber die Privatperson befriedigt ihre Bedürfnisse unmittelbar, die öffentliche Hand befriedigt die Kollektivbedürfnisse durch Darbietung von Diensten und Leistungen verschiedenster Art. Die Produktion dieser Dienste und Leistungen setzt die Verwendung gewisser Mittel voraus⁴⁴³). In der Finanzwissenschaft wird daher die öffentliche Hand als Produzent angesehen, der die Kollektivbedürfnisse befriedigt. Da auch die Individualbedürfnisse aus dem Zusammenleben entstehen, wird der Begriff der Kollektivbedürfnisse als Gegensatz hierzu von Tautscher⁴⁴⁴) überhaupt abgelehnt, so daß die öffentliche Hand keinen Bedarf mehr hat, zu dessen Befriedigung sie Güter selbst verbraucht. Es wird auch vorgeschlagen, für den Staat ein Produktionskonto zu führen, wobei auf der Verwendungsseite Dienstleistungen gegen Entgelt, Kollektivkonsum und Bruttoinvestitionen erscheinen. Wie Brombach⁴⁴⁵) hierzu im einzelnen nachweist, sah man im Anfang der Nationalbuchhaltung den Staat vorwiegend nur als Konsumenten an, während er heute überwiegend als Konsument und Produzent betrachtet wird. Der Produktionsprozeß endet dann nicht mehr, wenn Güter und Dienstleistungen zum letzten Mal einen Preis erzielen, sondern erst wenn dem einzelnen Verbraucher die Verwaltungsleistungen angeboten werden. Die Verwaltungsleistungen entstehen, wenn die Arbeitsleistungen der in der Verwaltung Tätigen mit den von anderen Unternehmen beschafften Gütern kombiniert werden⁴⁴⁶).

Die Befriedigung der sogenannten Gemeinschaftsbedürfnisse dient also dem Staatsvolk. Die staatlichen Beschaffungsstellen sind also, wenn sie nach den Verdingungsordnungen nachfragen, letztlich gar keine Verbraucher⁴⁴⁷).

Nach den Aussagen über den Unternehmensbegriff rechtfertigt dieses Ergebnis aber noch nicht den Schluß, daß der Fiskus aus diesem Grunde bereits ein Unternehmen im Sinne des GWB wäre.

dd) Die Tätigkeit des Fiskus in der Wirtschaft

Hierüber kann nur das gesamte Marktverhalten Auskunft geben. Wenn die Staatsrechtslehre die fiskalische Staatstätigkeit als erwerbswirtschaftlich bezeichnet, so ist daraus allein nichts herzuleiten, da das Erwerben als solche noch nichts über das Marktverhalten aussagt. Auch wenn Hamann⁴⁴⁸) von einer aktiven, unmittelbaren Teilnahme des Staates an der Wirtschaft spricht, ist damit noch nicht der Gegensatz zwischen Privatperson und Unternehmen im GWB berührt. Andererseits kann die Wahl der Aufgaben – für Privatunternehmen entscheiden Rentabilitätsgesichtspunkte, für den Staat die Bedürfnisse der Allgemeinheit – nichts über den Unternehmenscharakter aussagen, da hier wieder der Zweck entscheiden würde⁴⁴⁹).

Die Nachfragetätigkeit als ein Teil der öffentlichen Wirtschaft⁴⁵⁰) muß in ihrer Ausgestaltung darüber entscheiden, ob der Fiskus aktiv oder passiv am Wirtschaftsleben teilnimmt. Die öffentliche Wirtschaft hat sich in den letzten Jahrzehnten nach Wesen und Umfang geändert. Es gilt das „Gesetz der wachsenden Staatsausgaben“. Die Bevölkerungszunahme, die Umschich-

tung in Alters- und Sozialaufbau, technischer und wissenschaftlicher Fortschritt, die großer Kapitalkräfte bedürfen (Atom!), die Kriege und Geldentwertungen und die Grundeinstellung des Menschen zum Staat, von dem sie ständig Hilfe fordern, sind Gründe für das Wachsen der Staatsausgaben⁴⁵¹). Aber auch qualitativ hat sich die Betätigung der öffentlichen Wirtschaft geändert. Infolge der veränderten sozialen Verhältnisse mußte der Staat korrigierend in die Verkehrswirtschaft eingreifen, und das Programm der Freiburger Schule – der ORDO Gedanke – kann nur von dem Staat verwirklicht werden; der Staat muß den Wettbewerb „veranstalten“⁴⁵²).

So ist der Wechsel in der Rechtsprechung zur Frage des geschäftlichen Verkehrs öffentlicher Einrichtungen zu verstehen. Zunächst nahm das RG an, die Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben stehe der Annahme eines geschäftlichen Betriebes entgegen. Daher verneinte es einen geschäftlichen Betrieb im Sinne des UWG bei einem Staatlichen Hochbauamt⁴⁵³), bei der Kaiserlichen Werft Kiel⁴⁵⁴). Schwankend war es in der Beurteilung eines städtischen Elektrizitätswerkes⁴⁵⁵). Aufgegeben wurde aber diese Rechtsprechung bei einer späteren Entscheidung zum Fall eines Elektrizitätswerkes⁴⁵⁶), wo ausgeführt wird, der Begriff des geschäftlichen Betriebes stehe nicht im Gegensatz zur Erfüllung hoheitlicher Aufgaben. Trotz der Erfüllung öffentlicher Aufgaben kann doch die Art der Ausführung eine Betätigung im Wirtschaftsleben sein. Der BGH hat sich dieser Rechtsprechung angeschlossen⁴⁵⁷).

Die Staatswirtschaftslehre ist ein Teil der Volkswirtschaftslehre geworden⁴⁵⁸). Anliegen der wirtschaftswissenschaftlichen Betrachtung des Staates ist nicht mehr die Staatsausgabe, als Größenproblem, sondern man versucht, die Qualitätsunterschiede zu erfassen und so die Wirtschaftsfunktionen des Staates zu erkennen⁴⁵⁹). Daraus ergibt sich, daß alle Institutionen der öffentlichen Wirtschaft nicht mehr für die Volkswirtschaft neutrale Funktionen zu erfüllen haben, sondern eine wirtschaftspolitische Aufgabe haben⁴⁶⁰). Die meisten Theorien über die wirtschaftliche Tätigkeit des Staates⁴⁶¹) haben das gemeinsam, daß sie bei der wirtschaftlichen Tätigkeit des Staates diesen niemals als einen Marktteilnehmer ansehen, der nur an den Markt herantritt, sondern als einen solchen, der bei seinem Handeln am Markt eine bewußt gestaltende Tätigkeit ausübt. Er will sich aktiv am Wirtschaftsprozeß durch seine Nachfrage beteiligen, also das erfüllen, was unternehmerische Tätigkeit ausmacht. Wenn man mit Tautscher⁴⁶²) die Volkswirtschaft als ein organhaftes Gefüge ansieht, in dem jeder Wirtschaftszweig eine bestimmte Funktion hat, das sich aus einer hierarchischen Ordnung ergibt, dann ist die öffentliche Wirtschaft die Wirtschaft des obersten Organisationsfaktors, des Staates.

Daß für die Wirtschaftsführung der öffentlichen Hand arteigene Prinzipien bestehen, daß sie keinen Überschuß erzielen muß, daß sie nicht den größten Erfolg für sich selbst verbuchen muß, kann nicht hindern, daß sie bei ihrer Nachfrage am Markt ein unternehmerisches Ziel hat. Wie jedes andere Wirtschaftsgebilde steht die öffentliche Wirtschaft aber auch unter dem wirtschaftlichen Prinzip. Ihre Erfolge sind Rentabilität, wenn die Ausgaben unmit-

telbar Gewinnerfolge herbeiführen, und Umwegsrentabilität, wenn die Erfolge der öffentlichen Wirtschaft nicht unmittelbar, sondern über die Rentabilitätssteigerung der privaten Wirtschaft gegeben sind. Eine Erfolgsrechnung ist allerdings meistens nicht möglich⁴⁶³). Der Unterschied zwischen der privaten und öffentlichen Wirtschaft liegt in der verschiedenen Stellung der beiden Wirtschaftsgebilde in der Volkswirtschaft. Die öffentliche Wirtschaft hat den höchsten Rang bezüglich der Beeinflussungsmöglichkeit und die Privatwirtschaft gliedert sich je nach ihrer Einflußmöglichkeit darunter. Die öffentliche Wirtschaft hat ihre Ziele meistens außerhalb des eigenen Bereichs, in der übrigen Wirtschaft und in der Gesellschaft, während die private Wirtschaft ihre Ziele in sich selbst hat. Daher rührt es, daß die öffentliche Wirtschaft mehr Einflußmöglichkeiten hat⁴⁶⁴). Die öffentliche Wirtschaft ist innerhalb der Volkswirtschaft also als dynamischer Faktor weitgehend eine korrigierende Institution. Man kann also von einem staatlichen Sektor innerhalb der Volkswirtschaft sprechen⁴⁶⁵). Alle Aufgaben, die der Staat übernimmt, stellen einen Vorgang der Arbeitsteilung in der Volkswirtschaft dar, soweit sie wirtschaftlichen Bezug haben⁴⁶⁶). Es wäre aber falsch, aus dieser durch die Einflußmöglichkeit entstehenden Stellung eine Überordnung im Sinn des öffentlichen Rechts anzunehmen. Man müßte nämlich sonst auch zwischen Banken und Handel, zwischen Handel und Verkehr usw. auf den jeweils hierarchisch vorangestellten Wirtschaftszweig öffentliches Recht anwenden. Die öffentliche Wirtschaft hat zwar die für richtig erkannte Gesellschaftsordnung im Rahmen der Wirtschaft zu organisieren⁴⁶⁷). Die Ordnungsfunktion erfüllt sie aber innerhalb der Volkswirtschaft selbst und nicht vor und außerhalb von ihr. Da alle Wirtschaftszweige, einschließlich der staatlichen, bei ihrer Tätigkeit innerhalb der Volkswirtschaft bleiben, kann also aus der Stellung des Staates bei seiner wirtschaftlichen Tätigkeit nicht die Anwendung öffentlichen Rechts hergeleitet werden. Vielmehr ergibt sich, daß die öffentliche Hand grundsätzlich, soweit sie am Wirtschaftsverkehr teilnimmt, sich nicht wie eine Privatperson verhält, sondern ihrem Wesen nach dabei ein wirtschaftliches Ziel verfolgt, also unternehmerische Tätigkeit entfaltet. Die öffentliche Hand kann daher als selbständige Angehörige der Wirtschaft angesehen werden⁴⁶⁸). Speziell für das Vergabewesen ergibt sich hier auch die Bedeutung der „normativen Begünstigungen“ als Ausdruck der Verflechtung der öffentlichen Wirtschaft mit der Gesamtwirtschaft. Sie kann nicht, wie ein Privatmann, sich für das im Moment günstigste Angebot entscheiden, sondern als Unternehmen muß sie die Wirkung der Nachfrage auf die gesamte Wirtschaft und den Markt beachten. Hierzu wird sie durch Vorschriften angehalten. Der Privatunternehmer steht innerhalb der Wirtschaft als Käufer und Verkäufer. Die Verkäuferstellung bestimmt häufig die Auftragsvergabe. Bei der öffentlichen Wirtschaft als innerstem Kreis der Volkswirtschaft fehlt häufig die Verkäuferstellung Ausnahme: z. B. der Forstfiskus. Die Wirtschaftsbezüge bestehen dann immer nur in einer Richtung. Aus ihrer verantwortlichen Funktion muß daher die öffentliche Wirtschaft bestimmte Kreise bevorzugen. Die normativen Begünstigungen bei der Vergabe können also nicht zur Anwendung öffentlichen

Rechts führen, sondern sie sind nur ein weiteres Zeichen dafür, daß die öffentliche Wirtschaft Unternehmen und keine Privatperson ist, daß sie bei ihrer Teilnahme am Markt diesen gestaltet. Auch die bewußte Förderung mittelständischer Betriebe bei der Vergabe öffentlicher Aufträge zeigt, daß die öffentliche Hand nicht nur Güter vom Markt nimmt, sondern dabei „eine gesunde Struktur der deutschen Wirtschaft herbeiführen will“⁴⁶⁹).

Daß überhaupt eine Verdingungsordnung für das Vergabewesen geschaffen wurde, beruht ebenfalls auf der Erkenntnis dieser Doppelstellung. Einmal soll die öffentliche Wirtschaft durch Erzielung eines Marktpreises, § 1 VOPR 30/53, § 5 VOPR 8/55, § 26 RHO möglichst günstig einkaufen, zum anderen fehlen ihr die Wirtschaftsbeziehungen. Nicht im volkswirtschaftlichen Sinn, sondern im tatsächlichen Wirtschafts-Geschäftsverkehr steht sie außerhalb des Marktes. Durch die Verdingungsordnungen soll diese Außenstellung vermieden werden. Die öffentliche Hand soll am Marktgeschehen teilnehmen können, und den damit betrauten Beamten soll dieser Marktzugang erleichtert werden.

Nach § 24 Abs. 3, 1 VOL/A ist das wirtschaftlichste und nach § 25 Abs. 2 VOB/A das annehmbarste Angebot auszuwählen, wobei jedesmal nicht der geringste Preis entscheiden soll. Bei der Vergabe verwirklicht also die öffentliche Hand das Rentabilitätsprinzip. Auf Grund der gekennzeichneten Zentralstellung wird allerdings dem Rentabilitätsstreben der öffentlichen Hand eine Grenze gesetzt. Die öffentliche Hand verbraucht keine eigenen Mittel. Sie kann auftretende Verluste auf den Steuerzahler abwälzen. Aus dem Fehlen des Risikos ergibt sich aber andererseits eine besondere Verantwortung gegenüber dem Steuerzahler, dessen „Treuhänder“ die öffentliche Hand ist⁴⁷⁰). Jede ihrer Maßnahmen beeinflußt die gesamte Wirtschaft. Es darf daher die Zuschlagserteilung auf das günstigste Angebot nicht dazu führen, daß die Auftragnehmer zusammenbrechen. Denn dadurch würden wieder Steuerzahler ausfallen, und die übrigen mehr belastet. Der öffentliche Unternehmer darf also bei der Vergabe nicht eine Nutzenmaximierung anstreben, wie es der private Unternehmer tun kann, sondern er muß ein Nutzenoptimum herbeiführen, das auch die Erhaltung der Nachfrager berücksichtigt⁴⁷¹). Auch das sind unternehmerische Ziele, auf die ein Privatmann keine Rücksicht zu nehmen braucht. Dieser Gedanke ist auch in den Verdingungsordnungen enthalten. Aufträge sind an fachkundige, leistungsfähige Unternehmer zu vergeben (§ 2 der Teile A); bei dem geforderten Wettbewerb sind „ungesunde“ Begleiterscheinungen zu vermeiden.

C. Der Fiskus als Unternehmen bei den erwerbswirtschaftlichen Hilfsgeschäften.

Das Marktverhalten des Fiskus ist also das eines Unternehmens. Die Erkenntnis, daß die öffentliche Hand als Nachfrager dem funktionalen Unternehmensbegriff des GWB unterfällt, ergibt sich also nicht erst aus § 98 GWB, sondern bereits aus §§ 1 ff.⁴⁷²). Wenn auch im Staatsrecht die Nachfragetätigkeit als Hilfsgeschäfte bezeichnet werden oder Hamann⁴⁷³) vom Beschaffungs-

wesen als einer abhängigen Tätigkeit spricht, dann betrifft das nur das Verhältnis dieser staatlichen zur hoheitlichen Tätigkeit. Wenn der Staat im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen als Unternehmen bezeichnet wird, ist das nur eine Fortführung der Fiskustheorie; wo der Staat sich am Privatrechtsverkehr beteiligt, wird er wie ein Privatrechtssubjekt behandelt. Die Bereichsausnahmen des GWB, besonders §§ 99 und 102 zeigen daß es auch dort noch andere Wirtschaftssubjekte gibt, die nur mit einem Teil ihrer Tätigkeit dem Gesetz unterfallen.

4. Die fiskalische Tätigkeit und die Wettbewerbsbeschränkung.

Der Fiskus erfüllt bei seiner Nachfragetätigkeit also die Voraussetzungen des funktionalen Unternehmensbegriffs des GWB. Da sich dieses Gesetz aber gegen die Wettbewerbsbeschränkungen richtet, muß noch festgestellt werden, ob das Unternehmen Fiskus auch Wettbewerbsbeschränkungen herbeiführen und so Adressat des Gesetzes werden kann⁴⁷⁴).

a) Der Begriff der Wettbewerbsbeschränkung

Die Wettbewerbsbeschränkung kann nur aus dem Wettbewerbsbegriff hergeleitet werden, der dem Gesetz zu Grunde liegt. Da keine Wettbewerbsdefinition im Gesetz enthalten war, kann auch die Beschränkung nicht im Gesetz definiert sein.

In der Wettbewerbsdefinition von Borchardt-Fikentscher, der oben wegen ihrer Praktikabilität der Vorzug gegeben wurde, war ein Mittel und ein Ziel des Wettbewerbs zu unterscheiden⁴⁷⁵). Das Mittel ist das Streben der Mitbewerber, und das Ziel die Inaussichtstellung günstiger Geschäftsbedingungen. Die Wettbewerbsbeschränkung kann sich nun entweder auf das Mittel oder das Ziel beziehen. Wird das Mittel beschränkt, treten weniger Anbieter oder Nachfrager an den Markt heran, so tritt eine formale Wettbewerbsbeschränkung ein; wird dagegen das Ziel beschränkt, werden ungünstigere Bedingungen in Aussicht gestellt, so tritt eine materielle Wettbewerbsbeschränkung ein⁴⁷⁶).

Eine formale Wettbewerbsbeschränkung liegt also vor bei „Verhinderung, Verminderung oder Beseitigung des selbständigen Strebens sich gegenseitig im Wirtschaftserfolg beeinflussender Anbieter oder Nachfrager, eines Strebens, das auf Geschäftsverbindung mit Dritten gerichtet ist, und das Inaussichtstellen möglichst günstiger Geschäftsbedingungen als Mittel dazu verwendet. Eine materielle Wettbewerbsbeschränkung (Marktbeherrschung) ist eine formale Wettbewerbsbeschränkung, die das Inaussichtstellen möglichst günstiger Geschäftsbedingungen durch Beschränkung der dem Kunden offenstehenden Alternativen beeinträchtigt“⁴⁷⁷).

Daraus ergibt sich, daß die formale Wettbewerbsbeschränkung nicht notwendig zu einer Schlechterstellung des Dritten führen muß⁴⁷⁸). Wenn eine Geschäftsbedingung, die sonst Gegenstand individueller Strategie war, nicht mehr selbständig variiert werden kann, braucht die institutionelle Einrichtung des Wettbewerbs noch nicht beschränkt zu sein. In seinem materiellen Gehalt ist der Wettbewerb erst dann beeinträchtigt, wenn durch eine formale

Wettbewerbsbeschränkung weniger günstige Geschäftsbedingungen in Aussicht gestellt werden, und damit nicht nur Dritte beeinträchtigt werden, sondern auch die Allgemeinheit schlechter versorgt wird. In der Regel wird jedoch eine formale Wettbewerbsbeschränkung zu einer materiellen führen, da durch Absprachen gerade der uneingeschränkte Wettbewerb ausgeschaltet werden soll. Die formalen Wettbewerbsbeschränkungen können durch Maßnahmen oder durch Zustand erfolgen. Durch Maßnahme kommt eine Wettbewerbsbeschränkung durch Vereinbarung zustande, es ist der Tatbestand des § 1 GWB; durch Zustand besteht eine Wettbewerbsbeschränkung, wenn aus tatsächlichen Gründen kein Wettbewerb herrscht, § 22 GWB. Diese Gründe können von Natur aus bestehen, auf einem Meinungsmonopol beruhen oder aber darauf, daß ein Konzern ein Monopol am Markt hat.

Wenn nun bei einer materiellen Wettbewerbsbeschränkung inhaltlich schlechtere Geschäftsbedingungen am Markt zum Angebot gelangen, zeigt das, daß der einzelne Mitbewerber auf die Marktgegenseite weniger Rücksicht zu nehmen hat. Wenn es für den Wettbewerb als wesentlich angesehen wurde, daß der Mitbewerber eine gewisse monopolistische Stellung hat, er spürt, daß es auf ihn kommt, dann besteht die materielle Wettbewerbsbeschränkung in einer Steigerung dieser Einflußmöglichkeit. Wettbewerber und Monopolist unterscheiden sich nur in der Variationsbreite ihrer Gestaltungsmöglichkeit am Markt, wobei der Monopolist die Geschäftsbedingungen auch zu Ungunsten der anderen Marktseite verändern kann⁴⁷⁹).

Ohne daß hier auf die Einzelheiten dieser Folgerung eingegangen zu werden braucht, kann gesagt werden, daß sich die materielle Wettbewerbsbeschränkung vom Wettbewerb nur quantitativ unterscheidet, und daß die Marktbherrschaft allgemein eine besonders hohe Steigerung der materiellen Wettbewerbsbeschränkung ist. Die formalen Wettbewerbsbeschränkungen wurden nach ihrer Entstehung eingeteilt. Für die materielle Wettbewerbsbeschränkung kann nur eine rechtliche Bewertung entscheiden, die aussagt, wann eine Markstellung so stark ist, daß der Gesetzgeber sie nicht mehr dulden will. Jede materielle Wettbewerbsbeschränkung muß aber auch eine formale sein, da sie durch Maßnahme oder durch Zustand entstanden sein muß.

Der Tatbestand der formalen Wettbewerbsbeschränkung kann allgemein nicht mit einem Unwerturteil behaftet sein, da jeder Mitbewerber nach Art. 2 Abs. 1 GG die Möglichkeit hat, sich vertraglich zu binden. Nach § 1 GWB müssen die Verträge oder Beschlüsse, also die formalen Wettbewerbsbeschränkungen, geeignet sein, die Marktverhältnisse zu beeinflussen. Das bedeutet keine Anwendung der „rule of reason“ im deutschen Gesetz⁴⁸⁰), sondern diese Geeignetheit ist ein selbständiges Tatbestandsmerkmal, an das der Gesetzgeber erst sein Unwerturteil knüpft. Die formale Wettbewerbsbeschränkung muß also zu einer materiellen Wettbewerbsbeschränkung geführt haben⁴⁸¹).

Für § 22 GWB muß eine materielle Wettbewerbsbeschränkung, eine Marktbherrschaft, gefordert werden. Diese Marktbherrschaft als solche ist wertneutral⁴⁸²). Obwohl sich das Gesetz also gegen die materielle Wettbewerbs-

beschränkung richtet, löst diese allein die Reaktion des Gesetzes nicht aus. Sie muß in § 1 durch einen Vertrag herbeigeführt sein und im § 22 muß ein mißbräuchliches Verhalten hinzukommen. In beiden Fällen muß also eine formale Wettbewerbsbeschränkung mit der materiellen verbunden sein.

Das eigentliche Unwerturteil des Gesetzes richtet sich also gegen die materielle Wettbewerbsbeschränkung. Die Marktbeeinflussung – wesentliche Marktbeeinflussung⁴⁸³⁾ – das Fehlen wesentlichen Wettbewerbs und die völlige Beherrschung des Marktes ist also nur eine Skala von Abstufungen, die qualitativ nicht unterscheidbar sind. Daher muß der Gesetzgeber entscheiden, welchen Grad materieller Wettbewerbsbeschränkungen er dulden will. Die Erfahrungen zeigen, daß formale Wettbewerbsbeschränkungen durch Maßnahme eher zu einer materiellen Wettbewerbsbeschränkung führen, da sie regelmäßig ihr Ziel sind, formale Wettbewerbsbeschränkungen durch Zustand aber seltener dieses Ergebnis haben, da sie auf der Tüchtigkeit oder auf Naturgegebenheiten beruhen können. Von hier aus rechtfertigt sich auch die Verbots- und Mißbrauchsgesetzgebung im GWB gegenüber Kartellen und marktbeherrschenden Unternehmen. Da das GWB die materielle Wettbewerbsbeschränkung verhindern will, muß es mit seinem funktionalen Unternehmensbegriff jeden erfassen, der eine materielle Wettbewerbsbeschränkung herbeiführen kann.

b) Möglichkeiten des nachfragenden Fiskus, Wettbewerbsbeschränkungen herbeizuführen

Der Fiskus wurde bei seiner Nachfragetätigkeit als Privatrechtssubjekt erkannt, das unternehmerische Ziele verfolgt. Zur Regelung der Nachfragetätigkeit kann er sich an Verträgen, die die Marktverhältnisse beeinflussen, beteiligen. Mehrere fiskalische Stellen können miteinander Verträge schließen, oder aber der Fiskus kann auch mit anderen Privatrechtssubjekten derartige Vereinbarungen treffen. Die materielle Wettbewerbsbeschränkung des § 22 wird verwirklicht, wenn der Monopolist oder Oligopolist sich in bestimmter Weise am Markt verhält, und dabei seine Marktstellung bei der Gestaltung von Geschäftsbedingungen mißbräuchlich ausnutzt. Das kann jeder Teilnehmer am Geschäftsverkehr, also auch der Fiskus bei seiner Nachfragetätigkeit tun. Häufig ist er Monopolist, und die Auftragnehmer sind von seinem Geschäftsgebaren abhängig. Sie haben keine Ausweichmöglichkeiten auf andere Märkte; das gilt z. B. für Waggonhersteller oder die Rüstungsindustrie. Der Fiskus kann also eine materielle Wettbewerbsbeschränkung durch Maßnahme oder durch Zustand herbeiführen, da er bei seiner Nachfragetätigkeit am Markt ungünstige Geschäftsbedingungen festsetzen kann, ohne auf die Gegenseite Rücksicht nehmen zu müssen.

Der funktionale Unternehmensbegriff, Betätigung im geschäftlichen Verkehr, erfährt also durch das Merkmal der Wettbewerbsbeschränkung keine Einbuße in der Weise, daß der Fiskus auszunehmen sei. Die Ausführungen zur Wettbewerbsbeschränkung haben vielmehr gezeigt, daß zwischen dem Wettbewerb und ihr nur ein gradueller Unterschied in der Einflußnahme auf den

Markt besteht. Das bedeutet, daß derjenige, der Wettbewerber ist, auch Wettbewerbsbeschränkungen herbeiführen kann. Da die „rule of reason“, die auch sozialpolitische Gründe haben kann, im GWB als Grundsatz nicht übernommen wurde, ist eine Ausnahmestellung des Fiskus bezüglich der Untersagung materieller Wettbewerbsbeschränkungen so lange nicht gerechtfertigt, als der Gesetzgeber dieses nicht anordnet. Der Gesetzgeber aber hat das Gegenteil getan, in § 98 wird der Fiskus ausdrücklich dem Gesetz unterstellt, wenn auch nur zur Klarstellung. Der Fiskus, der nicht Grundrechtsträger ist und sich wirtschaftlich nur im Rahmen des vom GG aufgestellten Subsidiaritätsprinzips betätigen darf, ist also Unternehmen im Sinne des GWB, da er Wettbewerber sein kann und damit auch Wettbewerbsbeschränkungen herbeiführen kann.

IV. Wertung des Ergebnisses am Grundgesetz und den Erkenntnissen der Wirtschaftswissenschaften

1. Erfordernis der Überprüfung

Die Auslegung des GWB, das in „zwei Fachsprachen, der der Juristen und der Volkswirte⁴⁸⁴⁾“ abgefaßt ist, muß sich wegen des Fehlens allgemeinverbindlicher Begriffe in besonderem Maße an die Wertentscheidung des GG halten⁴⁸⁵⁾. Wenn ein Gesetz aus „gesamtwirtschaftlichen sozialen und einzelwirtschaftlichen Erkenntnissen⁴⁸⁶⁾“ geformt ist, muß die Richtigkeit der getroffenen Auslegung unter diesen Gesichtspunkten überprüft werden. Aus der Stellung des GG zu den materiellen Wettbewerbsbeschränkungen muß also erkannt werden, ob die Unterordnung des Fiskus unter das GWB mit der Stellung des Fiskus im GG vereinbar ist. Ebenso soll versucht werden, die Auslegung kurz an den Erkenntnissen der Wirtschaftswissenschaften zu überprüfen.

2. Wertung am GG

a) Stellung des GG zu den Wettbewerbsbeschränkungen

Das GG kann sich gegenüber der Ausdehnung des Markteinflusses Einzelner oder einer Gruppe entweder ablehnend, neutral oder billigend verhalten⁴⁸⁷⁾. Die Literatur, die sich mit der Frage der Verfassungsmäßigkeit des GWB befaßt, geht immer von der Zulässigkeit oder Unzulässigkeit des Kartellverbotes aus⁴⁸⁸⁾. Nach der hier vertretenen Auffassung ist aber die Wettbewerbsbeschränkung für das Gesetz entscheidend. Um die Stellung des GG zu den Wettbewerbsbeschränkungen zu erkennen, zeigen Fikentscher und, ihm folgend, Brugger⁴⁸⁹⁾ drei Konflikte. Auch der Bericht des Bundeskartellamts weist auf den Konflikt hin. Es sieht ihn allerdings nicht in der Verfassungsebene, sondern in der sozialen Wirklichkeit⁴⁹⁰⁾.

1. Nach Art. 2 GG hat jeder das Recht zur freien Entfaltung seiner Persönlichkeit. Diese Entfaltungsfreiheit steht im wirtschaftlichen Bereich sowohl dem Mitbewerber zu, indem er seinen Markteinfluß ausdehnen kann, als auch dem Dritten, indem er möglichst viele alternative Entscheidungen treffen kann. Die Wettbewerbsfreiheit beider Marktseiten kollidiert also. Es ist zu

prüfen, ob das GG die Wettbewerbsfreiheit einschränkt oder lenkt, so daß man daraus seine Einstellung zu den Wettbewerbsbeschränkungen entnehmen kann.

2. Es kollidiert die Vertragsfreiheit der Mitbewerber mit der Wettbewerbsfreiheit der Dritten, der Marktgegner.
3. Bei den Wettbewerbsbeschränkungen durch Zustand besteht ein Konflikt zwischen Art. 14 GG und der Wettbewerbsfreiheit der Marktgegenseite.

Da die allgemeine Stellung des GG zu den Wettbewerbsbeschränkungen erkannt werden soll, kann hier nicht eingewandt werden, der Fiskus sei kein Grundrechtsträger.

Nicht gefolgt werden kann allerdings der Ansicht Fikentschers, die Grundrechte hätten unmittelbare Drittwirkung, d. h., sie sollten unmittelbar auch im Privatrecht gelten, nur deshalb könne der Konflikt entstehen⁴⁹¹).

Die Lehre von der Drittwirkung vertritt Nipperdey⁴⁹²), und das Bundesarbeitsgericht⁴⁹³). Zuzugeben ist dieser Ansicht, daß es nicht angeht, zwei völlig von einander getrennte Rechtsordnungen aufzubauen, wobei im Zivilrecht die Grundrechte keinerlei Bedeutung hätten. Von Seiten des Zivilrechts wird aber gegen diese Lehre eingewandt, daß damit das auf der Privatautonomie aufgebaute Zivilrecht seine dogmatischen Grundlagen verlieren würde. Die gesamte Stellung des Zivilrechts spricht gegen eine derartige unmittelbare Wirkung der Grundrechte⁴⁹⁴). Vom Verfassungsrecht ist gegen eine solche Interpretation der Grundrechte das Wesen der Grundrechte selbst einzuwenden. Wenn man in Art. 1, Abs. 1 und Art. 2, Abs. 1 Grundrechte sieht, gewähren sie auch dem Staat gegenüber die Freiheit, sich über die Grundrechte, die für den Staat gelten, unter gleichgeordneten Rechtsgenossen hinwegzusetzen. Wie Dürig⁴⁹⁵) im einzelnen nachweist, sind zivilrechtliche Rechtswidrigkeit und Grundrechtswidrigkeit weder im Vertragsrecht noch im Recht der unerlaubten Handlung identisch. Im Privatrecht sind alle Rechtssubjekte Träger von Freiheitsrechten. Daher können sie sich anders verhalten als der Staat, der auch als Fiskus unter dem Verbot des *venire contra factum proprium* steht. Als Einbruchstellen der Verfassung in das Zivilrecht sind nur die Generalklauseln zu erkennen⁴⁹⁶).

Der Konflikt, den Fikentscher aufzeigt, bleibt aber bestehen. Nach Art. 1, Abs. 3 GG ist der Gesetzgeber an die Grundrechte gebunden. Der Gesetzgeber hat über die Wettbewerbsbeschränkungen im GWB sein Unwerturteil gefällt. Wenn durch die Wettbewerbsbeschränkungen Grundrechte von Freiheitsträgern kollidieren, muß der Gesetzgeber den Konflikt in der Weise erledigen, wie das GG es vorschreibt. Er kann in die wirtschaftliche Entfaltungsfreiheit, die als Unternehmensfreiheit und Wettbewerbsfreiheit erscheint⁴⁹⁷), nur durch Normen eingreifen, die die „Rechte anderer, die verfassungsmäßige Ordnung und das Sittengesetz“ in Art. 2 GG tragen. Für die Erkenntnis der Stellung des GG zu den Wettbewerbsbeschränkungen kann es aber keinen Unterschied machen, ob in diese Freiheit durch Normen oder durch Verträge und unerlaubte Handlungen eingegriffen wird.

Zur Lösung der Konflikte konnte der Gesetzgeber bei Erlaß des GWB, wozu er nach Art. 74, 16 GG berechtigt war, sich auch nicht auf eine bestimmte Wirtschaftsverfassung im Sinne der volkswirtschaftlichen Marktformenlehre berufen, da dem GG keine derartige Lehre zu Grunde liegt. Der BVerG hat eine solche Ansicht Nipperdeys⁴⁹⁸), daß das Grundgesetz die soziale Marktwirtschaft fordere, abgelehnt. Lediglich die allgemeine Freiheit, zu der auch die Wirtschaftsfreiheit gehört, wird in Art. 2 GG statuiert⁴⁹⁹)⁵⁰⁰). Die Rahmenwirtschaftsordnung ist im einzelnen noch der Ausgestaltung durch den Gesetzgeber fähig. Eine völlige wirtschaftliche Neutralität des GG kann man also nicht annehmen. Die Sozialstaatsentscheidung in Art. 20 und 79 Abs. 3 GG und der entsprechende Gestaltungsauftrag an den Gesetzgeber verhindern, daß sich auf Art. 2 GG ein wirtschaftsliberalistisches System im Sinne des klassischen Liberalismus aufbauen könnte⁵⁰¹).

Aber auch außerhalb des Wirtschaftsrechtes gibt es in der Verfassung eine Kollision von Rechtsgütern, die zu einer Wertabwägung führen⁵⁰²). Ein Kennzeichen des Grundgesetzes sind die Antinomien⁵⁰³).

Lehrfreiheit und Treue zur Verfassung, Glaubensfreiheit und Sittengesetz, Bekenntnisfreiheit und Elternrecht können kollidieren. Das Wesen der Familie kollidiert mit der Gleichberechtigung der Frau. Hier mußte das BVerfG einem der beiden in der Verfassung geschützten Rechtsgüter den Vorrang geben, um über die Verfassungsmäßigkeit der entsprechenden Vorschriften des BGB entscheiden zu können⁵⁰⁴). Ferner hatte das Gericht in dem sogen. Lüth-Urteil zwischen der Meinungsfreiheit und der wirtschaftlichen Entfaltungsfreiheit zu entscheiden⁵⁰⁵).

Wenn also die Wettbewerbsfreiheit der Mitbewerber mit der Wettbewerbsfreiheit der Dritten kollidiert, müssen diese beiden wertend gegenübergestellt werden. Nach Art. 19 Abs. 2 GG darf in keinem Fall der Wesensgehalt eines Grundrechts angetastet werden. Wenn der Gesetzgeber die Wirtschaftsfreiheit einer Marktseite regelt, darf er die Wirtschaftsfreiheit der Gegenseite nicht aufheben oder auch nur antasten. Zwar soll durch die „Rechte anderer“, unter denen alle subjektiven privaten und öffentlichen Rechte der Einzelperson zu verstehen sind, die Entfaltungsfreiheit bereits eingeschränkt werden⁵⁰⁶). Im Wirtschaftsleben ist aber eine Entfaltungsfreiheit nicht anders möglich, als daß dadurch auf Kosten anderer ein Vorteil gesucht wird. Die Knappheit der Güter läßt keine andere Lösung zu.

Die Rechte anderer bedeuten wirtschaftlich gesehen die „festgefügtten Rechtsbeziehungen“, die die Persönlichkeit umgeben⁵⁰⁷). Wenn aber die Verfassung als unantastbare Recht die Entfaltung ansieht, dann muß das Grundgesetz auch das Eingreifen in die Rechte anderer insoweit gewähren, als dieses zur Entfaltung gehört. Jeder muß das Recht haben, an der Ausgestaltung seiner Rechtsstellung zu arbeiten, und dies kann nur geschehen, wenn dabei die Rechte anderer erworben werden.

Man kann daher sagen, und Art. 2 mit seinem Entfaltungsrecht macht dies deutlich, daß es im Recht ein Erwerben und ein Haben gibt, ein Recht auf Veränderung und ein Recht auf Beibehaltung⁵⁰⁸). Dieses grundsätzliche Gegen-

über von Erwerben und Besitz ist Kennzeichen des Wirtschaftsrechts. Unter den Schutz der Verfassung sind sowohl die wirtschaftliche Betätigung als auch bestimmte Einzelgüter gestellt. Die Entwicklung der letzten Jahrzehnte geht immer mehr dahin, daß das statische Moment, der Besitzstand, geschützt wird⁵⁰⁹). Die besonderen Gefährdungen sieht man für die dem Menschen zugeordneten Rechtsgüter gegeben. Auf diesen Erwägungen beruht es letzten Endes auch, wenn man den Grundrechten unmittelbare Drittwirkung geben will. Die Abwehrrechte gegen den grundrechtslosen Staat sollen dann auch gegenüber Grundrechtsträgern wirken, damit sie den eigenen Rechtskreis erhalten. Die Sicherung des Erworbenen kann aber nur ein Teil des Persönlichkeitsschutzes sein. Auch im GG kommt dies zum Ausdruck, indem als erstes nach der geschützten Würde der Person die Entfaltungsfreiheit garantiert wird, und nicht etwa der soziale Besitzstand oder die Gleichheit. Der aus der Menschenwürde entspringende Wert der Freiheit hat Vorrang vor der Gleichheit. Dies folgt nicht nur aus der Voranstellung, sondern daraus, daß einer Entfaltung der Freiheit begrifflich nicht eine nivellierende Zustandsgleichheit, sondern nur eine Gleichheit in der Entfaltungsmöglichkeit entsprechen kann⁵¹⁰). Beide Seiten des Persönlichkeitsschutzes haben gleichen Rang. Das, was die Persönlichkeit hat, muß geschützt werden, und die Möglichkeit, neues zu erwerben, muß ebenfalls geschützt werden.

Für den Konflikt der Wettbewerbsfreiheit der Mitbewerber gegenüber der Wettbewerbsfreiheit der Dritten bedeutet dieses, daß die Wettbewerbsfreiheit der Mitbewerber nicht soweit gehen kann, daß für die Dritten keine Wettbewerbsfreiheit mehr besteht. Daß die Wirtschaftsfreiheit der Gegenseite nicht unter die Rechte anderer unter Art. 2 fällt, ergibt sich aus der Zweiseitigkeit des Güterschutzes. Würde man die freie Entfaltung des Marktgegners als ein Recht anderer ansehen, könnte sich niemand wegen der Knappheit der Güter im Wirtschaftsleben entfalten. Die Entfaltungsfreiheit wäre also nicht eine allgemeine, sondern nur eine rein geistige⁵¹¹). Die Rechte anderer in Art. 2 sind vielmehr die geschützten Einzelbeziehungen, die das Haben ausmachen, in sie darf durch die Entfaltungsfreiheit nicht eingegriffen werden⁵¹²). Durch das GG wird also, da die Rechte anderer nicht die Wettbewerbsfreiheit der anderen umfassen, nicht jede materielle Wettbewerbsbeschränkung verboten, sondern nur ein solcher Grad der Marktbeherrschung, der die Gegenseite in der Möglichkeit, Alternativen zu setzen, entscheidend trifft⁵¹³).

Für das Kartell als formale Wettbewerbsbeschränkung kann aus dem GG nichts hergeleitet werden, da hier die Mitbewerber auf ihre Wettbewerbsfreiheit zu Gunsten der Vertragsfreiheit verzichten und die Grundrechte verzichtbar sind⁵¹⁴).

Auch soweit das Eigentum eine materielle Wettbewerbsbeschränkung der Marktgegenseite herbeiführt, kann es diese nicht rechtfertigen. Vielmehr geht auch hier die Entfaltungsfreiheit vor. Das Eigentum wird zwar als die Gesamtheit aller vermögenswerten Rechte und als wirtschaftliche Lebensgrundlage des Individuums geschützt. Es ist aber sozialpflichtig. Bis zu dieser Grenze kann der Gesetzgeber es durch das GWB beschränken⁵¹⁵).

Man kann also nur sagen, daß das GG sich grundsätzlich ablehnend gegenüber der materiellen Wettbewerbsbeschränkung verhält, indem es sie verbietet, wenn sie gegen den Willen des Betroffenen die Wettbewerbsfreiheit von Mitbewerbern oder Dritten in ihrem Wesensgehalt antastet. Da eine Drittwirkung der Grundrechte abgelehnt wurde, kann das Verbot aber nur durch den Gesetzgeber verwirklicht werden, und die materielle Wettbewerbsbeschränkung ist noch nicht durch das GG als solches verboten, so daß es des Erlasses des GWB bedürfte, um das Verbot der Wettbewerbsbeschränkung zu realisieren⁵¹⁶).

b) Einschränkung der fiskalischen Tätigkeit als Verfassungsgebot

Wenn das GG die materielle Wettbewerbsbeschränkung verbietet, darf der Gesetzgeber kein Gebilde übrig lassen, das die Wettbewerbsfreiheit beeinträchtigt, wenn er sich grundsätzlich zum Einschreiten entschlossen hat. Es ist seinem Ermessen anheimgestellt, nur einen bestimmten Grad von materieller Wettbewerbsbeschränkung zu verbieten. Nur den Wesensgehalt der Wirtschaftsfreiheit des Einzelnen muß er erhalten. Wenn der Fiskus aber als eine Macht anerkannt wurde, die materielle Wettbewerbsbeschränkungen herbeiführen kann, entspricht dem Gebot der Verfassung, auch ihn dem GWB zu unterstellen. Es soll keine Marktmacht geben, die die Wettbewerbsfreiheit in ihrem Wesensgehalt beseitigen kann. So wird also die oben getroffene Auslegung des Unternehmensbegriffs des GWB in der Weise, daß auch der Fiskus ihm unterfällt, bereits durch das generelle Unwerturteil des GG über die Wettbewerbsbeschränkung gerechtfertigt.

Da nach dem GG der Fiskus bei seinen Beschaffungen nicht Grundrechtsträger ist und dem Subsidiaritätsprinzip untersteht, kann er sich auch nicht auf die Wettbewerbsfreiheit Art. 2 GG berufen. Der Gesetzgeber hätte daher beim Erlaß des GWB die staatliche Beschaffungstätigkeit in ihrer Freiheit noch weiter einschränken können. Die wirtschaftliche Entfaltungsfreiheit des einzelnen kann zwar nicht so weit gehen, daß er in die Privatrechte des Fiskus eingreift, denn diese gehören zu den nach Art. 2 GG bestehenden Schranken durch die Rechte anderer⁵¹⁷).

Aber die Wettbewerbsfreiheit des einzelnen hat gegenüber der fiskalischen Betätigung der öffentlichen Hand eine Sperrwirkung, die der Neueinrichtung oder Erweiterung der erwerbswirtschaftlichen Betätigung der öffentlichen Hand entgegensteht. Der Privatunternehmer wäre der Konkurrenz der öffentlichen Hand ausgeliefert, und das Grundrecht der Wettbewerbsfreiheit würde seinen Sinn verlieren, wenn der Staat beliebig in Konkurrenz zur Privatwirtschaft treten könnte⁵¹⁸).

Auch der Umfang und die Gestaltung der Mittelverwendung bei den öffentlichen Ausgaben hat einen Einfluß⁵¹⁹). Wenn die Mittelverwendung nicht beschränkt ist, wird das Privateigentum durch die Besteuerung belastet. Vor allem aber wurde als Grund für das Unterfallen der Nachfrager unter das GWB die Tatsache erkannt, daß sonst eine einseitige Marktmacht entstünde, die allmählich in die Gegenseite eindringen würde, da die Produktionsfak-

toren nicht mehr richtig gelenkt werden könnten⁵²⁰). Würde man also den Fiskus bei seiner Nachfragetätigkeit nicht dem GWB unterstellen, könnte auf dem Weg über die Nachfrage die in der Verfassung enthaltene Sperre gegenüber der wirtschaftlichen Tätigkeit der öffentlichen Hand umgangen werden. Für den Fiskus als Marktteilnehmer gibt es keine Rechtfertigung einer starken Marktstellung. Die „rule of reason“, die im GWB keinen Niederschlag fand, könnte also, selbst wenn sie Prinzip wäre, nicht die getroffene Auslegung des Unternehmensbegriffs beseitigen, da sie nicht einem Verfassungsgebot widersprechen darf⁵²¹).

Die Konzentration, die „Sozialkrankheit unserer Zeit“, besteht auf allen Gebieten, auch bei der Staatsmacht als Bedrohung für die Freiheit des Einzelnen⁵²²). Wenn das GWB hier Abhilfe schaffen sollte⁵²³), muß es sich auch gegen die öffentliche Hand als Fiskus richten. Die Auslegung des Unternehmensbegriffs derart, daß auch die Nachfragetätigkeit des Fiskus ihm unterfällt, bedeutet also keinen Verstoß gegen die Stellung des GWB im Rahmen des GG und der gesamten Sozialordnung.

3. Das Unwerturteil der Wirtschaftswissenschaften

Wenn auch die wirtschaftswissenschaftlichen Begriffe nicht einfach übernommen werden können, so ist es doch erforderlich, bei einem Gesetz, das wirtschaftliche Tatbestände regelt, die Erkenntnisse der Wirtschaftswissenschaften heranzuziehen, um das gefundene Ergebnis zu überprüfen. Die Sozial- und Rechtsordnung stehen in einem so engen Zusammenhang, daß sie nicht unabhängig von einander gestaltet werden können⁵²⁴). Eine Ordnung herzustellen, ist Aufgabe jeder Wissenschaft und Methode jeder Forschung⁵²⁵). Daher muß auch die Entscheidung der Wirtschaftswissenschaften zur Wettbewerbsbeschränkung als solcher und zur Wettbewerbsbeschränkung durch den Fiskus festgestellt werden.

Fikentscher⁵²⁶) bildet fünf Gruppen von Lehrmeinungen innerhalb der Wirtschaftswissenschaften. Bei den Argumenten, die für und gegen die Wettbewerbsbeschränkungen vorgebracht werden, überwiegen die letzten bei weitem. Sie sollen nicht auf ihre Richtigkeit überprüft werden und daher auch nicht dargestellt werden.

Da aber die sogenannte Freiburger Schule oder neoliberale Richtung heute wesentlich die deutsche Wirtschaftspolitik bestimmt und auch das GWB am nachhaltigsten von ihr beeinflußt ist, soll ihre Stellungnahme zu diesen Fragen kurz wiedergegeben werden⁵²⁷).

Dabei muß eine weitere Einschränkung gemacht werden auf den Ordoliberalismus⁵²⁸), da er die einzige geschlossene Schule innerhalb der neoliberalen Richtung ist. Festgehalten wird an dem liberalen Grundsatz des Privateigentums an den Produktionsmitteln. Dabei soll aber eine marktwirtschaftliche Regelung des Wettbewerbs gefunden werden, die einen Gebrauch des Privateigentums verhindert, der dem Allgemeininteresse zuwiderläuft. Zu diesem Zweck müssen die monopolistischen Marktstellungen verhindert werden⁵²⁹). Sie werden als das Grundübel angesehen. Nach der Auffassung der Altlibe-

ralen diene der schrankenlose Wettbewerb am besten dem einzelnen, da der Tüchtigste sich durchsetzte. Das wird von der Freiburger Schule dann abgelehnt, wenn einer sich durchgesetzt hat, dann fehlt ihm nämlich der Antrieb, mehr zu leisten. Als Monopolist nutzt er seine Marktstellung aus, und der Wettbewerb kommt zum Erliegen. Das gleiche Ergebnis kann auch durch Absprachen zustandekommen. Aus dieser Erkenntnis heraus muß der Ordoliberalismus die wirtschaftliche Freiheit fördern, er muß sie aber ablehnen, wenn sie zu Wettbewerbsbeschränkungen führt. In der Marktform der vollständigen Konkurrenz wird der ORDO gesehen, der Vorbild einer wirtschaftsverfassungsrechtlichen Ordnung ist. Die Freiheit ist also belastet mit der Verpflichtung zum Wettbewerb. Der Wettbewerb ist eine „Aufgabe“ geworden⁵³⁰). Daraus leitet sich das Monopolverbot oder doch wenigstens die Monopolkontrolle her. Besonders in der Sozialen Marktwirtschaft, einer ordnungspolitischen Idee, deren Ziel es ist, auf der Basis der Wettbewerbswirtschaft die freie Initiative mit einem gerade durch die marktwirtschaftliche Leistung gesicherten sozialen Fortschritt zu verbinden, dürfen keine Wettbewerbsbeschränkungen bestehen, da sie die Einkommensverteilung beeinflussen⁵³¹).

Rüstow⁵³²) verlangt Eingriffe des Staates, um einen Wettbewerb notfalls zu erzwingen. Hier zeigt sich der wesentlich neue Gedanke der Ordoliberalisten. Der Staat wird wieder als die lenkende Kraft anerkannt. Der Ordogedanke soll durch eine staatliche Veranstaltung verwirklicht werden⁵³³). Der wohl wichtigste Begründer des Ordoliberalismus, Walter Eucken, fordert vom Staat, daß er den Wettbewerb schütze und positiv durch eine geeignete Wirtschaftsverfassung unterstütze⁵³⁴).

Die von Eucken und seiner Schule gebrauchten Worte, wie Wirtschaftsordnung und Lenkung, dürfen aber nicht dahingehend mißverstanden werden, daß hier eine Planwirtschaft gefordert werde. Miksch⁵³⁵) stellt den Unterschied so dar, daß er bei einer reinen Staats- und Zentralverwaltungswirtschaft die gesamte Macht beim Staat konzentriert, während in der von ihm geforderten Wirtschaftsordnung die Macht bei den Wirtschaftenden liegt, die als private Macht im Schatten des Staates gedeiht.

Eine besondere Bedeutung der Freiburger Schule, die sich gerade auch im GWB niedergeschlagen hat, sieht Fikentscher darin, daß der Blick von den Kartellen abgewandt und auf die dahinterstehende allgemeine Wettbewerbsbeschränkung gelenkt wurde. Hier liegt der entscheidende Fortschritt gegenüber der KartVO, die in § 1 vom Kartell ausging⁵³⁶).

Mit staatlichen Monopolen beschäftigt sich besonders Eucken⁵³⁷). Er weist für die Eisenbahn oder die Elektrizitätswerke nach, daß sie ebenso monopolistische Politik wie private Monopole betreiben. Sie suchen die höchste Reineinnahme, die vom Punkt der optimalen Befriedigung der Nachfrage wesentlich abweicht. Eucken ist sogar der Ansicht, daß bei staatlichen Monopolen möglicherweise die Neigung ihre Stellung auszunutzen, größer ist als bei privaten. Die Verwaltungen fühlen sich nämlich zu ihrem Verhalten berechtigt, weil die Einnahmen dem Staat oder der Stadt zufließen, und sie damit ein mittelbarer Steuerzufluß sind, der der Allgemeinheit dient. Auch fühlt sich der Staat viel

sicherer, da er die Substitutionskonkurrenz mit den Mitteln der Gesetzgebung verhindern kann⁵³⁸). Daher muß verhindert werden, daß der Staat das durch die Konzentrierung des Bedarfs entstehende Nachfragemonopol zum Schaden der Wirtschaft ausnutzt, andererseits darf er aber nicht die Leistungen zu großzügig bezahlen⁵³⁹). Miksch⁵⁴⁰) ist zwar, entgegen der Ansicht Euckens, der Meinung, daß der Staat seine Aufgabe erkennen werde, und in der Als-Ob-Konkurrenz sich wettbewerbspolitisch richtig verhalten werde. Die Vereinbarkeit der Verdingungsordnungen mit dem GWB wird darüber entscheiden müssen.

Wenn der Fiskus daher grundsätzlich dem GWB als Unternehmen unterfällt, widerspricht das nicht den Erkenntnissen der wirtschaftswissenschaftlichen Lehrmeinung, die für die Entstehung des GWB maßgeblich war.

VI. Ergebnis

Die Untersuchungen zum Unternehmensbegriff haben ergeben, daß dem GWB ein funktionaler Unternehmensbegriff zu Grunde liegt. Seine Auslegung ergab, daß der Fiskus bei seiner Beschaffungstätigkeit die Voraussetzungen dieses Begriffs erfüllt. Da der Fiskus bei seiner Beschaffung auch Wettbewerbsbeschränkungen herbeiführen kann, wird die getroffene Auslegung durch das Unwerturteil des GG und der Wirtschaftswissenschaften über die Wettbewerbsbeschränkungen bestätigt.

Aus diesem Grunde müssen sowohl diejenigen, die als primäres Schutzgut des GWB die Institution der freien Marktwirtschaft ansehen⁵⁴¹), als auch diejenigen, die das GWB vorwiegend auf den Schutz der Einzelperson zurückführen⁵⁴²), dem gewonnenen Ergebnis zustimmen. Beide Schutzbereiche lassen sich jedoch nicht von einander trennen, denn die wirtschaftliche Freiheit und der Wettbewerb als Instrument der Marktwirtschaft stehen in einem Verhältnis der Zuordnung⁵⁴³). Daher darf kein ängstliches Festhalten an einem einzigen Begriff die Billigkeit des Ergebnisses gefährden⁵⁴⁴), sondern wie für das GG ist mit dem GWB ein „täglich neu zu vollziehender Auftrag und keine Erfüllung“ gegeben⁵⁴⁵).

5. Kapitel: Die Unternehmenseinheiten

I. Die im Gesetz vorgesehenen Unternehmenseinheiten

Fiskalische Verwaltungstätigkeit bei der Beschaffung erfüllt die Voraussetzungen des Unternehmensbegriffs des GWB. Die Frage ist aber nun, ob es ein Gesamtunternehmen Fiskus gibt, oder ob mehrere Unternehmen die Verdingungsordnungen anwenden.

Selbständige Unternehmen bei der Anwendung der Verdingungsordnungen sind einmal die in §§ 98 ff GWB besonders aufgeführten Unternehmen, Bahn und Post; sie sind Sondervermögen. Ferner bilden selbständige Unternehmen die Eigen- oder Regiebetriebe. Sie sind zwar nicht rechtlich organisatorisch, aber betrieblich verselbständigt. Das GWB behandelt sie als selbständige

Unternehmen. Da insoweit eine gesetzliche Regelung getroffen ist, konzentriert sich die Frage auch hier wieder auf die behördeneigenwirtschaftliche Tätigkeit. Einerseits spricht Huber⁵⁴⁶⁾ davon, daß Unternehmen auch die behörden-eigenwirtschaftliche Tätigkeit ohne Bildung eines verselbständigten Unternehmens sei, andererseits aber nennt er als Beispiele den Bundesfiskus und den Forstfiskus. Der Bundes- oder Landesfiskus umfaßt aber auch den jeweiligen Forstfiskus. Ein Einteilungsmaßstab ist also aus den Ausführungen Hubers nicht zu entnehmen, ebenso wenig aus dem Bericht, der nur den Forstfiskus erwähnt⁵⁴⁷⁾.

II. Das Erfordernis der Selbständigkeit

1. Erfordernis der rechtlichen und wirtschaftlichen Selbständigkeit

Welchen Grad der Selbständigkeit das GWB fordert, ist wieder dem funktionalen Unternehmensbegriff zu entnehmen. Einen Anhaltspunkt im Gesetz könnte die Behandlung der Konzerne geben. Für den Unternehmensbegriff des GWB wird allgemein eine selbständige Teilnahme am Wirtschaftsverkehr gefordert⁵⁴⁸⁾.

Der Konzern, dessen Besonderheit darin besteht, daß rechtlich selbständige Unternehmen zu wirtschaftlichen Zwecken unter einer einheitlichen Leitung zusammengeschlossen werden, wird im GWB als ein Fall der Wettbewerbsbeschränkungen durch Zustand in § 22 Abs. 5 behandelt⁵⁴⁹⁾. Die einheitliche Leitung zu wirtschaftlichen Zwecken macht es überflüssig, wettbewerbsbeschränkende Verträge zu schließen. Das im Konzern herrschende Unternehmen kann „through incorporate channels“ erreichen, daß kein Wettbewerb stattfindet. Es besteht das gleiche Verhältnis wie zwischen Betriebsabteilung und Geschäftsleitung⁵⁵⁰⁾. Daher ist entgegen Zeitler⁵⁵¹⁾ zu sagen, daß Verträge nach § 1 GWB nicht von Konzernmitgliedern geschlossen werden können⁵⁵²⁾. Diese Feststellung schließt aber nicht aus, daß die Konzernleitung Wettbewerb zwischen den Konzernunternehmen befiehlt. Rücksicht auf Minderheitsaktionäre, auf die Kundschaft, oder die Einwirkung auf die öffentliche Meinung können die Konzernleitung veranlassen, zwischen den einzelnen Gliedern Wettbewerb stattfinden zu lassen⁵⁵³⁾. Wenn die Konzernleitung auf diesem Weg den Wettbewerb fördert und steuert, schafft sie zwischen Unternehmen den wesentlichen Wettbewerb, der der Kartellbehörde nach § 22 Abs. 1 den Eingriff versagt. Auch dies kann also ein Grund für den Wettbewerbsbefehl sein.

Kann man daraus entnehmen, daß das GWB wegen des funktionalen Unternehmensbegriffs nur eine wirtschaftliche Selbständigkeit und keine juristische fordere⁵⁵⁴⁾? Gerade die Behandlung des Konzern spricht gegen eine solche Ansicht. Nach § 22 Abs. 5 GWB kann sich nämlich die Kartellbehörde an jedes einzelne Konzernunternehmen wenden. Obwohl also bezüglich des Marktverhaltens eine Einheitlichkeit besteht, ist weiterhin die juristische Selbständigkeit für die Eingriffsbefugnis von Bedeutung. Der Unternehmensbegriff im GWB fordert also neben der wirtschaftlichen auch eine rechtliche Selbständigkeit⁵⁵⁵⁾.

2. Die Verwirklichung dieses Prinzips im Verwaltungsaufbau

Wenn das Gesetz bei der eigenwirtschaftlichen Tätigkeit der öffentlichen Hand keine rechtlich organisatorische Selbständigkeit fordert, so muß einer Aufteilung ein anderer Gesichtspunkt zu Grunde liegen, da das GWB eine selbständige Teilnahme am Wirtschaftsverkehr für das Unternehmen fordert. Die wirtschaftliche Selbständigkeit der Privatrechtssubjekte findet ihren typischen Ausdruck in der juristischen Selbständigkeit, wobei die Privatrechtssubjekte gleichgeordnet sind; ein Verwaltungsträger dagegen ist gegenüber den anderen selbständig, wenn kein Überordnungsverhältnis besteht. Das Amt ist eine Institution mit bestimmter Kompetenz⁵⁵⁶).

Der Begriff des öffentlich-rechtlichen Vertrages ist im deutschen Verwaltungsrecht anerkannt, weil die Verwaltungsfunktionen auf zahlreiche relativ selbständige Verwaltungsträger verteilt sind, die sich im Rahmen der Gleichordnung begegnen⁵⁵⁷).

Ob man mit Apelt⁵⁵⁸) nur bestimmte Vereinbarungen zwischen den Verwaltungsträgern oder mit Forsthoff und Stern⁵⁵⁹) weitergehend alle Vereinbarungen, die zwischen gleichgeordneten Partnern über öffentlich-rechtliche Angelegenheiten getroffen werden, als öffentlich-rechtliche Verträge bezeichnet, ist unerheblich gegenüber der Feststellung, daß Behörden als Institutionen eine Selbständigkeit haben, so daß zwischen ihnen kein Subordinationsverhältnis besteht. Aus der Organisation der Verfassung und Verwaltung muß daher die rechtliche Selbständigkeit hergeleitet werden, die eine wirtschaftliche Selbständigkeit ermöglicht. Diese Gebilde sind dann jeweils die Unternehmen, in die der Fiskus aufzuteilen ist.

III. Aufteilungsmöglichkeiten des Fiskus

1. Die bundesstaatliche Ordnung

Die Bundesrepublik ist ein Bundesstaat. Als erstes Einteilungsschema ergibt sich daher die Unterscheidung in Bundes- und Landesfiskus als Unternehmen. Weiter sollen die Gemeinden und Gemeindeverbände, die durch Art. 28 GG die institutionelle Garantie der Selbstverwaltung erhalten haben, als selbständige Unternehmen angesehen werden. Selbst wenn die Länder Bauten mit Bundesmitteln durchführen, was nach § 6 Abs. 4 FinG.⁵⁶⁰) die Regel ist, und sie dann der Aufsicht des Bundes bezüglich der Verwaltung der Gelder unterliegen, sie insbesondere die Aufträge nach der VOB vergeben müssen⁵⁶¹), berührt das nicht ihre wirtschaftliche und rechtliche Selbständigkeit. Aus solchen mit der wirtschaftlichen Mittelvergabe sich ergebenden Kontrollbefugnissen kann nicht die bundesstaatliche Ordnung umgangen werden, vgl. dazu die weitgehende Aufsicht der Banken bei Kreditgewährungen. Auch die Fach- und Rechtsaufsicht durch den Regierungspräsidenten und die Kreisverwaltungen gegenüber den Gemeinden berührt ihre grundsätzliche Selbständigkeit nicht. Sie müssen die Verdingungsordnungen bei ihren Beschaffungen anwenden⁵⁶²).

2. Die Einteilung der Haushaltspläne

Bilden nun Bund, Länder, Gemeinden und Gemeindeverbände deshalb jeweils ein Unternehmen? Sie haben einen einheitlichen Haushaltsplan. Innerhalb der Haushaltspläne bei Bund und Ländern wird nach Kapiteln getrennt. Es fragt sich, ob das in den Haushaltsplänen verwirklichte Ministerialsystem zu einer Aufteilung des Bundesfiskus in Einzelunternehmen führen kann⁵⁶³). Man käme bei der Aufteilung des Bundeshaushaltsplans dann auf etwa 30 Einzelpläne. Jedoch ist dieses Schema zu willkürlich. Am Beispiel des Bundesministers für Verkehr Einzelplan 12 sei dies nachgewiesen. Er umfaßt folgende Titel: Das Bundesverkehrsministerium; allgemeine Bewilligungen; Bundeswasser- und Schifffahrtsverwaltung; Staatswerft in Rendsburg; Bundesschleppbetrieb in Münster; Bundesanstalt für Wasserbau; Bundesanstalt für Gewässerkunde; Bundesanstalt für Schiffsvermessungen; Deutsches Hydrographisches Institut; Bundesfernstraßen; Bundesanstalt für Straßenbau; Kraftfahr-Bundesamt; Oberprüfungsamt für Höhere Technische Verwaltungsbeamte; Deutscher Wetterdienst; Bundesanstalt für Flugsicherung; Luftfahrttechnisches Bundesamt.

Hier stehen also nebeneinander dem GWB unterfallende Verkehrsunternehmen mit allgemeinen Verwaltungsabteilungen. Von einem Haushaltsplan erwartet man, daß er die Einnahmen und Ausgaben der Körperschaften, für die er aufgestellt ist, in einer übersichtlichen Form darstellt, die Art des verwandten Personals und die angestrebten Zwecke der anvertrauten Mittel verdeutlicht. Wenn man hierin die Aufgabenstellung des Haushaltsplanes sieht, wird das wiedergegebene Schema verständlich⁵⁶⁴). Zugleich aber wird ersichtlich, daß für die hier behandelten Fragen der Haushaltsplan kein Einteilungsschema liefern kann. Auf die Betätigung in der Wirtschaft kommt es nämlich nicht an. Vor allem ist die Frage der wirtschaftlichen Verselbständigung nicht von Bedeutung.

3. Der verfassungsmäßige Behördenaufbau

a) Beim Bund

Im Folgenden muß auf den allgemeinen Behördenaufbau zurückgegriffen werden. Nach der durch Jellinek begründeten Auffassung sind diese zwar Staatsorgane, eine Rechts- oder Organpersönlichkeit fehlt ihnen aber⁵⁶⁵). Forsthoffs Bezeichnung als Institution will nur vom Willensmoment absehen, bedeutet aber für die hier bestehende Problematik keinen Unterschied, da auch er keine rechtliche Selbständigkeit für die Institution annimmt. Auch die Aussage Hubers, daß keine rechtliche Verselbständigung bei der behörden-eigenwirtschaftlichen Tätigkeit stattfinde, bedeutet das gleiche in diesem verwaltungsrechtlichen Sinn.

Es müssen daher die Rechtsverhältnisse zwischen den Behörden erörtert werden. Für den Bund bietet sich hier wieder das Ministerialsystem an. Nach Art. 62 GG besteht die Bundesregierung aus dem Kanzler und den Ministern. Nach Art. 65 Satz 2 leitet jeder Bundesminister seinen Geschäftsbereich selbstständig unter eigener Verantwortung. Wenn er sich auch nach den Richt-

linien der Politik des Kanzlers richten muß, geht der Einfluß des Kanzlers doch nicht soweit, daß er im Einzelfall dem Minister Weisungen erteilen kann⁵⁶⁶). Der Einfluß des Kanzlers ist vorwiegend politischer Natur. Auf den einzelnen Minister als Chef der *statio fisci* – verwaltungsrechtlich wird dieser Begriff für die Verwaltungsträger als selbständige Träger von Rechten und Pflichten gebraucht⁵⁶⁷) – wird die Einwirkungsmöglichkeit des Kanzlers besonders gering sein. Er kann hier höchstens allgemeine Richtlinien für das Verhalten im Privatrechtsverkehr geben, also z. B. die Förderung mittelständischer Betriebe oder sonstiger Begünstigter nahe legen. Auch aus § 2 der Geschäftsordnung der Bundesregierung⁵⁶⁸) ist nicht mehr zu entnehmen. Wenn es dort in § 2 heißt, der Kanzler habe auch auf die Einheitlichkeit der Geschäftsführung in der Bundesregierung hinzuwirken, so ist damit nicht der privatrechtliche Rechtsverkehr gemeint, sondern das Wort „Geschäft“ ist hier im gleichen Sinn wie in Art. 65 Satz 2 GG gebraucht, wo es den Dienstbereich angeben soll. Es soll also durch den Bundeskanzler auch äußerlich, verfahrenstechnisch eine einheitliche Linie herbeigeführt werden.

Bedenken gegen die aus der Verfassung sich ergebende Selbständigkeit der Ressortminister in wirtschaftlichen Fragen könnten aber aus dem Haushaltsrecht herzuleiten sein. So bedürfen nach Art. 112 GG Haushaltsüberschreitungen und außerplanmäßige Ausgaben der Zustimmung des Bundesfinanzministers. Seine Tätigkeit bezieht sich aber hier nur auf den Umfang der Ausgaben, nicht auf die technische Abwicklung der Vergabe. Weiter unterliegen alle Ministerien der durch die RHO geschaffenen Kontrolle⁵⁶⁹). Nach § 46 RHO ist sogar den Ministerien die Ausschreibung vorgeschrieben, wenn sie Verträge schließen wollen. Die Vorschrift gilt für alle, die Bundesmittel bewirtschaften. Selbst wenn man den Finanzminister als „Reichsregierung“ ansehen wollte, und § 46 Abs. 2 RHO Grundlage der Verdingungsordnungen wäre, so wurden diese Verdingungsordnungen aber nicht einheitlich für alle Beschaffungsstellen eingeführt, sondern sowohl die VOL wurde 1936 nur für den Geschäftsbereich des Reichsfinanzministers eingeführt, und auch 1952 führten die einzelnen Ressorts die VOB getrennt ein. Die Verwaltung geht also offensichtlich selbst nicht davon aus, daß sie nach § 46 Abs. 2 RHO die Verdingungsordnungen einführen könnte. Obwohl also die Bundesregierung für das Verhalten am Markt nach dieser Ansicht einheitliche Grundsätze aufstellen könnte, hat sie das nicht getan. Sie überläßt es vielmehr jedem Verwaltungsträger anzuordnen, wie weit er die Verdingungsordnungen anwenden will. Der einheitliche Haushaltsplan, der die Mittel gewährt, bestimmt also nicht über das Verhalten am Markt. Dieses Verhalten am Markt aber entscheidet über den Unternehmensbegriff.

Die einzelnen Ressortminister müssen darüber hinaus auch die Unterlagen des Haushaltsplans für ihren Geschäftsbereich unter eigener Verantwortlichkeit feststellen. Insofern wird bereits bei der Aufstellung der Voranschläge der einzelne Minister selbständig tätig. Die nach § 20 RHO vorgesehene Kontrollmöglichkeit betrifft nur die interne Mittelbereitstellung, nicht aber das Verhalten am Markt.

Auch die einheitliche Rechnungsprüfung durch den Bundesrechnungshof kann nicht zu einer Einheit der Ministerien führen. Vom Bundesrechnungshof wird nämlich auch die Verwendung der Bundesmittel geprüft, die nicht der Bund selbst aufwendet. So werden die selbständigen juristischen Personen des Privatrechts, an denen der Bund sich beteiligt, vgl. §§ 110 ff. RHO, und die Bundesbahn von ihm geprüft. Trotzdem sind sie selbständige Unternehmen im Sinne des GWB.

Die Selbständigkeit im wirtschaftlichen Verkehr geht weiter aus den Zusatzbedingungen zu den Verdingungsordnungen der einzelnen Ministerien hervor. Die Bundesbahn hat zusätzliche Vertragsbedingungen bekanntgegeben und „ergänzende Vertragsbedingungen für Beistellverträge“⁵⁷⁰). Ebenso erfuhr die Deutsche Bundespost ergänzende Bestimmungen „EGB“. Diese beiden sind zwar bereits selbständige Unternehmen nach dem GWB. Trotzdem wurden sie aufgeführt, um die Selbständigkeit der juristisch unselbständigen Sonderverwaltungen zu zeigen.

Wie diese Sonderverwaltungen verfuhr aber auch das Bundesverteidigungsministerium. Für die VOL liegen Ergänzungen des Bundesminister für Verteidigung vor⁵⁷¹). Ebenso ist das Bundesinnenministerium als Beschaffungsstelle für den Bundesgrenzschutz und zivilen Bevölkerungsschutz verfahren⁵⁷²).

Die Selbständigkeit der Ressorts bei der Auftragsvergabe kommt auch in einem Erlaß des Bundeswirtschaftsministers über die Vereinbarung von Preisgleitklauseln und Preisvorbehalten bei Aufträgen öffentlicher Auftraggeber zum Ausdruck⁵⁷³). Der Erlaß richtet sich in gleicher Weise u. a. an die Bundesminister, Wirtschaftsminister der Länder, sowie den Deutschen Städte-, Landkreis- und Gemeindetag. Sie alle kann der Minister, auch die Bundesfachminister, nur „bitten“, gewisse Klauseln nicht zu vereinbaren.

Daß in wirtschaftlichen Dingen, soweit die Nachfragetätigkeit berührt wird, eine einheitliche Tätigkeit des Bundesfiskus nicht die Regel ist, ergibt sich schließlich daraus, daß für eine Zusammenarbeit im Einzelfall zwischen dem Bundesverteidigungs- und Bundeswirtschaftsministerium besondere Leitsätze erforderlich waren, die in verschiedenen Dienstanweisungen und Erlassen des Bundesverteidigungsministeriums enthalten sind⁵⁷⁴).

Diese Tatsachen rechtfertigen es, von den einzelnen Ministerien als selbständiges Unternehmen im Sinne des GWB zu sprechen. Sie stehen unter einheitlicher, selbständiger Leitung. Dabei wird der Bereich des Unternehmens durch die Dienstaufsicht jeweils begrenzt. Wenn die Bundesbauverwaltung also von 20 Bauämtern wahrgenommen wird, gibt es doch nur ein Unternehmen im Sinne des GWB. Dies ist die statio fisci des Bundesministeriums für Wirtschaftlichen Besitz des Bundes. Für das sonstige Verhältnis der Behörden untereinander ist damit keine Aussage getroffen, besonders darüber, ob sie untereinander einen Zivilrechtsstreit führen können⁵⁷⁵).

b) Bei den Ländern

Wenn für den Bund die Ministerialaufteilung gewählt wurde, muß dies auch in

den Ländern und Stadtstaaten gelten. Wie die Einführungserlasse zeigen, wurde hier nach dem gleichen Verfahren vorgegangen. Auch hier haben nur einzelne Ministerien für ihren Geschäftsbereich die Verdingungsordnungen eingeführt. Es liegt nirgends ein Beschluß einer Landesregierung vor. Auch die Landesverfassungen sehen grundsätzlich die selbständige Verantwortlichkeit der Minister vor, vgl. z. B. Art. 102 Hess. Verf., Art. 104 Verf. Rheinl.-Pfalz.

c) Bei den Kommunen

Entsprechend den bisherigen Aufgliederungen müßte man auch hier auf die Gemeindeverfassungen abstellen. Eine Aufteilung nach Ressorts ist hier jedoch nicht angebracht.

Bei der sogenannten Ratsverfassung liegt Beschlußfassung und Ausführung in der Hand eines Organs, des Gemeinderats. Die Ausführung wird einem oder mehreren Ratsmitgliedern übertragen, die als Bürgermeister oder Beigeordnete bezeichnet werden⁵⁷⁶). Es ist also für wirtschaftliche Fragen der Beschaffung allgemein der Gemeinderat zuständig, die Gemeinde ist hier also ein einheitliches Unternehmen. Das gleiche gilt von der Ratsverfassung in den Ländern der ehemaligen britischen Zone. Der Gemeinderat entscheidet auch hier einheitlich, ausführendes Organ ist nur nicht ein Mitglied des Gemeinderats, sondern ein Beamter, der Gemeindedirektor. Bei der sogenannten Bürgermeister- oder Magistratsverfassung ist die Beschlußfassung und Ausführung auf zwei verschiedene Organe verteilt, den Gemeinderat und den Gemeindevorstand. Besteht der Gemeindevorstand nur aus einer Person, dann kann die Gemeinde bei ihren Beschaffungen nur als ein einheitliches Unternehmen angesehen werden⁵⁷⁷). Die Beigeordneten dienen nur der Unterstützung des Gemeindevorstandes. Selbst wenn sie also für bestimmte Ressorts zuständig sind, können sie im wirtschaftlichen Sinn nur als Leiter einer Betriebsabteilung aufgefaßt werden. Außer in Rheinland-Pfalz gibt es diesen Verfassungstyp teilweise in Hessen, Baden-Württemberg und Schleswig-Holstein. Schließlich kommt in Teilen Hessens und Schleswig-Holsteins noch die Magistratsverfassung vor, bei der der Gemeindevorstand aus mehreren Personen besteht. Die Rechtsstellung der Magistratsmitglieder ist hier eine freiere, ähnlich der der Minister. Aber der Bürgermeister leitet auch hier den Geschäftsgang und die gesamte Verwaltung⁵⁷⁸). Auch bei dieser letzten Gemeindeverfassung besteht somit ein stärkerer Grad der Einheitlichkeit, so daß man bei den Gemeinden nur von einem einheitlichen Unternehmen, einer einzigen *statio fisci* sprechen kann.

Was für die Gemeinden ausgeführt wurde, gilt entsprechend für die übrigen kommunalen Selbstverwaltungskörperschaften, da sie entsprechend den Gemeinden organisiert sind. Soweit daher Beschaffungen von Ämtern, Kreisen oder Bezirken vorgenommen werden, sind diese jeweils als Unternehmen anzusehen.

4. Sonderstellung der *stationes fisci* im Sinne der Finanzwissenschaft

Die Verdingungsordnungen werden aber auch von anderen staatlichen und gemeindlichen Einrichtungen angewandt, die keine Behörden sind. Bei der

Darstellung des Verkehrsministeriums im Haushaltsplan zeigte sich, daß dort auch Mittel z. B. für die Staatswerft oder die Bundesanstalt für Wasserbau ausgewiesen waren. Die Einteilung in Ministerien bedeutet nun nicht, daß diese Einrichtungen auch zu dem jeweiligen Unternehmen, das durch ein Ministerium gebildet wird, gehört. Andere Beispiele sind Post, Eisenbahn und gemeindliche Regiebetriebe.

Zur Abgrenzung dieser Unternehmenseinheiten wird der Begriff der *statio fisci* im finanzwissenschaftlichen Sinn von Bedeutung, die darunter selbständige und unselbständige Zweckvermögen versteht⁵⁷⁹). Sie haben in der RHO in den §§ 9b und 9c eine Sonderregelung erfahren. Sie werden von dem allgemeinen Verwaltungsvermögen getrennt. Für die beiden wichtigsten Sondervermögen, Bahn und Post, wurde die Form des unselbständigen Zweckvermögens gewählt⁵⁸⁰). Sie können zwar untereinander Prozesse führen, nicht aber gegen den Bund, soweit es Finanzfragen betrifft. Auf Grund der Erkenntnisse, daß die Unternehmenseinheit mit der selbständigen wirtschaftlichen Betätigung am Markt bestimmt wird, müssen diese *stationes fisci* als selbständige Unternehmen behandelt werden. Dabei ist der haushaltsrechtliche und verwaltungsrechtliche Unterschied zwischen selbständigen und unselbständigen Anstalten unerheblich. Als Zweckvermögen betätigt sich jede *statio fisci* selbständig. Auch im Verwaltungsaufbau kommt dies zum Ausdruck. Die Sondervermögen gehören zwar zum Geschäftsbereich der Ministerien, aber sie werden selbständig geführt⁵⁸¹).

Neben den Unternehmen im Sinne des GWB, die durch den verfassungsmäßigen Behördenaufbau gebildet werden, gibt es also noch Unternehmen, die als *stationes fisci* selbständig verwaltet werden und sich daher selbständig im Wirtschaftsleben verhalten. Sie sind teilweise, Bahn, Post, Regiebetriebe, bereits als solche selbständig durch das GWB angesprochen.

IV. Ergebnis

Soweit die Verdingungsordnungen von der öffentlichen Hand angewandt werden, findet also eine wirtschaftliche Tätigkeit statt, die dem GWB unterfällt. Der Gedanke Rittners⁵⁸²) für das GWB die Unterscheidung von Finanz- und Verwaltungsvermögen möglicherweise zu benutzen, wird aus dem Gesetz selbst widerlegt, da ihm einerseits staatliche Forste und Fabrikbetriebe unterfallen, andererseits aber auch Bahn, Post und sonstige Versorgungsunternehmen. Die jeweiligen Unternehmenseinheiten ergeben sich aus dem jeweiligen Verfassungs- und Verwaltungsaufbau. Das besagt auch die Einteilung Hubers über die Anwendung des § 98 GWB. Nur die behördeneigenwirtschaftliche Tätigkeit unterfällt, entgegen der Ansicht Hubers, in eine Reihe von Unternehmen aufgliedert, auch vollkommen dem GWB.

6. Kapitel: Der Einfluß des GWB auf die Verdingungsordnungen

I. Problemstellung

Der weitgespannte Anwendungsbereich der Verdingungsordnungen durch die öffentlichen Auftraggeber macht eine Auseinandersetzung mit der Frage erforderlich, ob die Verdingungsordnungen den Anforderungen genügen, die das GWB an das Marktverhalten stellt.

Das Gesetz wendet sich gegen materielle Wettbewerbsbeschränkungen, die formale Wettbewerbsbeschränkungen durch Maßnahme oder Zustand sind⁵⁸³). Zuerst soll daher festgestellt werden, ob die Verdingungsordnungen eine Beschränkung des Wettbewerbs im Sinne des § 1 GWB sind, ob sie geeignet sind, die Marktverhältnisse zu beeinflussen, und ob einer der im Gesetz vorgesehenen Erlaubnistatbestände vorliegt. An Hand der Einführungserlasse ist dann festzustellen, ob eine der im Gesetz genannten Maßnahmen, Vertrag oder Empfehlung, die Wettbewerbsbeschränkung herbeiführte. Weiter sind die Verdingungsordnungen in ihrer Anwendung durch marktbeherrschende Unternehmen zu untersuchen. Durch sie darf die Marktmacht nicht mißbraucht werden, und sie müssen das Diskriminierungsverbot beachten. Es ist zu prüfen, ob die Verdingungsordnungen Wettbewerbsregeln sind, und schließlich soll noch die Ausschreibung von Markenartikeln behandelt werden.

II. Die Teile A und B als Wettbewerbsbeschränkungen im Sinne der §§ 1 ff GWB

A. Die Teile A

1. Die formale Wettbewerbsbeschränkung

Die formale Wettbewerbsbeschränkung im Sinne § 1 GWB ist die "Verhinderung, Verringerung oder Beseitigung des selbständigen Strebens sich gegenseitig im Wirtschaftserfolg beeinflussender Bewerber, eines Strebens, das auf Geschäftsverbindung mit Dritten durch Inaussichtstellen möglichst günstiger Geschäftsbedingungen gerichtet ist⁵⁸⁴)".

Diese Beschränkung kann auch gegeben sein, wenn die Mitbewerber infolge der tatsächlichen Verhältnisse nicht im Wettbewerb stehen. Auch dann können Wettbewerbsbeschränkungen vereinbart werden, um den potentiellen Konkurrenten zu binden⁵⁸⁵). Enthalten die Teile A eine solche Wettbewerbsbeschränkung? Nach den §§ 2 sollen „ungesunde Begleiterscheinungen bekämpft werden“. Die Teile A verfolgen also das gleiche Ziel wie das GWB, den Wettbewerb zu fördern. Die Anforderungen, die an die Leistungsbeschreibungen gestellt werden, erhöhen die Wettbewerbswirkung⁵⁸⁶). Auch die Durchführung der Ausschreibung und des Zuschlag haben in ihrer konkreten Ausgestaltung einen wettbewerbsfördernden Charakter⁵⁸⁷). Durch die Anwendung der Teile A wird also ein volkswirtschaftlich günstiges Ergebnis erreicht. Der Wettbewerb auf der Marktgegensseite wird angeregt, und die Vergabeunternehmen müssen sich immer wieder einen Markt schaffen. Es ist daher anerkannt, daß die öffentlichen Aufträge öffentlich ausgeschrieben werden

müssen⁵⁸⁸). Bedeutet nun trotzdem die Anwendung der Teile A eine Wettbewerbsbeschränkung in formellem Sinn? Für eine Wettbewerbsbeschränkung im Sinne des § 1 GWB ist nicht erforderlich, daß der Wettbewerb ganz ausgeschaltet wird. Es kann sogar eine faktische Steigerung des Wettbewerbs eintreten und trotzdem eine Wettbewerbsbeschränkung vorliegen⁵⁸⁹). Sie ist nämlich schon dann gegeben, wenn die wirtschaftliche Planung der Unternehmen aufeinander abgestimmt wird. Die Unternehmer verhalten sich dann nicht mehr selbständig am Markt, sondern sie nehmen aufeinander Rücksicht. Es entsteht die Frage, ob durch die Anwendung der Teile A die selbständige Geschäftsplanung beeinträchtigt wird. Die Entstehungsgründe der Verdingungskartelle haben gezeigt, daß die öffentliche Ausschreibung für die Nachfrager Belastungen herbeiführen kann. Die öffentlichen Auftraggeber aber schreiben, wenn ihnen die VOL und VOB durch Dienstanweisungen vorgeschrieben ist, regelmäßig ihre Aufträge aus. Sie können sich darauf verlassen, daß die übrigen auch so verfahren. Wenn das nicht der Fall wäre, müßten sie wahrscheinlich in manchen Fällen von der Anwendung der Verdingungsordnungen absehen. Wenn sie diese aber in ihrer Gesamtheit anwenden, brauchen sie auf die Auftragnehmer keine Rücksicht zu nehmen. Ihr Verhalten am Markt ist also durch die Anwendung der Verdingungsordnungen gemeinschaftlich geplant. In gewissem Umfang haben sie ihre Selbständigkeit im Streben nach Kontakten mit der Marktgegenseite aufgegeben. Dies wird noch dadurch verstärkt, daß sie nach § 10 VOB/A und § 11 VOL/A die Geschäftsbedingungen der Teile B einheitlich anwenden. In der einheitlichen Anwendung der Teile A ist daher eine formale Wettbewerbsbeschränkung zu sehen. Man könnte sagen, durch die Teile A werde das Verhältnis zur Marktgegenseite nicht berührt, da sie nicht Vertragsinhalt werden. Der Wettbewerb findet aber vor Vertragsschluß statt. Das GWB will Wettbewerbsbeschränkungen verhindern. Wenn daher die Auftraggeber einheitlich bei ihren Kontakten mit der Marktgegenseite nach den Verdingungsordnungen verfahren, so ist das eine Einbuße an Selbständigkeit im Streben nach Wirtschaftserfolg. Auch durch die Soll-Vorschriften, die die Verdingungsordnungen nur darstellen, wird die Selbständigkeit beeinträchtigt, da die Vergabebeamten durch die innerdienstlichen Anweisungen gebunden sind.

2. Geeignetheit, die Marktverhältnisse zu beeinflussen

Im früheren Kartellrecht war streitig, ob es auf die Absicht oder auf die objektive Eignung zur Marktbeeinflussung ankomme⁵⁹⁰). Der Gesetzgeber hat sich beim GWB für die objektive Eignung entschieden. Danach ist also weder erforderlich, daß die Beeinflussung tatsächlich eintritt, noch daß die Beteiligten sie beabsichtigen oder sich der Wirkung bewußt sind. Die objektive Möglichkeit der Beeinflussung ist ein besonderes Tatbestandsmerkmal, das ausdrücklicher Feststellung bedarf⁵⁹¹). Auch im § 1 GWB will das Gesetz nämlich nicht nur die formale Wettbewerbsbeschränkung unter das Verbot stellen, sondern es muß materiell die Möglichkeit bestehen, daß der Dritte nicht so gute Geschäftsbedingungen erlangt, wie er sie ohne die Wettbewerbsbe-

schränkung erhalte. Haben nun die Teile A die Eignung, „die Marktverhältnisse für den Verkehr mit Waren zu beeinflussen?“

Günther und ihm folgend der Frankfurter Kommentar⁵⁹²⁾ verstehen unter den Marktverhältnissen die Summe aller Eigenschaften, die einem bestimmten Markt das besondere Gepräge gibt. Diese Umschreibung ist aber zu weit, da zu dieser Summe auch die Marktverfassung gehört, nach der jeder am Wirtschaftsgeschehen teilnehmen kann. Die freie Teilnahme ist aber bereits Inhalt des Wettbewerbs. So kann also das Wort offensichtlich nicht zu verstehen sein. § 1 GWB fordert vielmehr Kausalität zwischen den Wettbewerbsbeschränkungen und dem Einfluß auf die Marktverhältnisse; die Wettbewerbsverhältnisse müssen zu der Beeinflussung der Marktverhältnisse führen. Dieses Abhängigkeitsverhältnis entspricht auch der Unterscheidung von formalen und materiellen Wettbewerbsbeschränkungen. Unter den Marktverhältnissen darf man also nicht mehr die Beziehungen zwischen den an der formalen Wettbewerbsbeschränkung Beteiligten verstehen, sondern man muß die Einwirkung auf die übrigen Marktteilnehmer, also die Marktgegenseite, hierunter fassen⁵⁹³⁾.

Die Anwendung der Verdingungsordnungen muß sich also für die Marktgegenseite so auswirken, daß ihre Chancen, zu günstigen Bedingungen abzuschließen, beeinträchtigt werden. Dabei kann das Ausmaß der Beeinflussung nicht entscheiden, da der Gesetzgeber das Wort „wesentlich“ bewußt weggelassen hat. Eine materielle Wettbewerbsbeschränkung, daß also ungünstigere Bedingungen entstehen, und damit eine Eignung zur Marktbeeinflussung, kann nur gegeben sein, wenn die Marktgegenseite nicht ohne materielle Opfer der formalen Wettbewerbsbeschränkung ausweichen kann⁵⁹⁴⁾. In der Literatur⁵⁹⁵⁾ wird nun versucht, an Hand von Einzelbeispielen zu begründen, wann eine Beeinflussung der Marktverhältnisse vorliege, wobei die Größe des Marktanteils, die räumliche und zeitliche Abgrenzung des Marktes sowie der gegenständliche Marktbereich von Bedeutung sind. Auf die Verdingungsordnungen Teil A angewandt würde das bedeuten, daß man aus der jeweils verbleibenden Ausweichmöglichkeit der Anbieter entnehmen müßte, ob eine Beeinflussung gegeben ist. Es ist aber mit dem Marktbegriff unvereinbar zu sagen, wenn für ca. 20 Mrd. DM Waren nach einheitlichen Grundsätzen beschafft werden, gäbe es keine Ausweichmöglichkeit, daher enthielte die einheitliche Anwendung der Verdingungsordnungen die objektive Möglichkeit zur Marktbeeinflussung.

Für die Geschäftspartner der Vergabeunternehmen entfällt durch die einheitliche Anwendung der Verdingungsordnungen die Möglichkeit, Verträge mit ihnen zu schließen. Sie sind also in ihrem Marktverhalten beeinflußt. Wenn sie nicht an dem Verfahren nach §§ 2 und 3 der Teile A teilnehmen wollen, da es für sie günstiger ist, nicht zuerst die mit den Ausschreibungen verbundenen Vorkosten zu haben, können sie mit keinem anderen öffentlichen Auftraggeber Verträge schließen. Ihnen wird also insoweit die Möglichkeit genommen, günstigere Bedingungen zu erlangen. Bei dem Umfang, den die Beschaffungen der öffentlichen Hand auf den verschiedenen Wirtschaftssek-

toren haben – besonders der Baumarkt wird zu etwa 75% von ihr beherrscht –, ist es für den einzelnen Nachfrager meistens ein wirtschaftlicher Nachteil, nicht mit der öffentlichen Hand abzuschließen. Die für § 1 GWB ausreichende Wahrscheinlichkeit der Beeinflussung der Marktgegenseite ist also bei der Anwendung der Teile A regelmäßig gegeben, da es für jeden Nachfrager ein materielles Opfer sein kann, nicht mit den Unternehmen der öffentlichen Hand zu kontrahieren⁵⁹⁶). Selbst wenn die Teile A der Verdingungsordnungen ursprünglich geschaffen wurden, damit die öffentliche Hand am Wettbewerb teilnehmen könnte, so schließt das nicht aus, daß ihre Anwendung zunächst eine Wettbewerbsbeschränkung im Sinne des Gesetzes ist. Wenn die Verdingungsordnungen auch einen wettbewerbsfördernden Erfolg auf der Marktgegenseite haben, muß das Gesetz, das die „rule of reason“ bei der Auslegung des § 1 nicht kennt, ihre Zulässigkeit besonders begründen. Das ist eine Folge des grundsätzlichen Verbots von Absprachen in § 1 GWB⁵⁹⁷).

3. Die Teile A als Anwendungsfall des § 5 Abs. 2 GWB

Nach dem Aufbau des Gesetzes sind aber nicht alle Verträge und Beschlüsse, die den oben bezeichneten Inhalt haben, verboten. In den §§ 2 ff GWB sieht das Gesetz Erlaubnismöglichkeiten für solche Verträge und Beschlüsse vor, die zwar auch eine Wettbewerbsbeschränkung enthalten und die Marktverhältnisse beeinflussen können, bei denen sich aber die Wettbewerbsbeschränkungen nur auf bestimmte Bereiche beziehen oder bestimmte Wirkungen haben. Die Voraussetzungen des § 1 GWB müssen aber in all diesen Fällen gegeben sein, da sonst eine für das GWB unbeachtliche Maßnahme vorliegt⁵⁹⁸). Diese Voraussetzungen wurden für die Teile A bejaht.

Der Tatbestand des § 2 GWB wird durch die Teile A nicht erfüllt, da in ihnen keine einheitlichen Geschäfts-, Lieferungs- und Zahlungsbedingungen enthalten sind. Wenn in den §§ 11–15 VOB/A und 13–16 VOL/A von Ausführungsfristen, Vertragsstrafen und Gewährleistungen sowie Sicherheitsleistungen gesprochen wird, bezieht sich das nicht auf die abzuschließenden Verträge, sondern stellt nur eine Ankündigung der Regeln in dem Teil B dar.

VOB/A wurde Inhalt des Deutschen Normenwerks, DIN 1960. Da die VOL/A die gleiche Materie regelt, könnten die Teile A die Voraussetzungen des § 5 Abs. 1 GWB erfüllen. Eine Norm ist die Vereinheitlichung einzelner Teile, die Typisierung, die Vereinheitlichung eines Produkts. VOB/A beweist, daß es auch nichttechnische Normen gibt. Man könnte daher annehmen, daß § 5 Abs. 1 auch für sie gilt. Jedoch schon der Ausschußbericht⁵⁹⁹) weist darauf hin, daß hier nur technische Normen gemeint sein sollen. Auch der Wortlaut „Typen und Normen“ der Vorschrift spricht dafür, daß § 5 Abs. 1 GWB sich wirklich nur auf technische Normen bezieht⁶⁰⁰).

Die Absätze 2 und 3 des § 5 sehen noch ein sogenanntes Rationalisierungskartell vor. Entgegen Langen⁶⁰¹) ist zu sagen, daß die Beschränkung auf technische Normen nur für § 5 Abs. 1 gilt. Die im § 5 Abs. 2 und 3 genannten Begriffe beweisen, daß hier auch nichttechnische Vereinbarungen gemeint sein müssen. Es soll nicht nur in technischer, sondern auch in betriebswirtschaft-

licher und organisatorischer Hinsicht die Wirtschaftlichkeit gehoben werden. Das ist durch technische Normen allein nicht möglich⁶⁰²).

Es ist also zu prüfen, ob die Teile A die Voraussetzungen des § 5 Abs. 2 erfüllen. Nach dem Wortlaut der Vorschrift muß die Rationalisierung sich auf wirtschaftliche Vorgänge erstrecken und geeignet sein, die Leistungsfähigkeit oder Wirtschaftlichkeit der beteiligten Unternehmen zu verbessern. Der Gesetzgeber hat hier weitgehend betriebswirtschaftliche Gesichtspunkte verwandt. Die erste Frage, ob für die Verwaltung betriebswirtschaftliche Gesichtspunkte überhaupt gelten können, ist zu bejahen. Zwar wurde für die Wirtschaftstätigkeit der Verwaltung eine Sonderstellung innerhalb der Volkswirtschaft erkannt. Diese besondere Lage verbietet es aber nicht, betriebswirtschaftliche Momente zu berücksichtigen. Wenn der Bundesfinanzminister ein Gutachten anfordert, in dem die „Gemeinsamen Wirtschaftlichen Grundlagen in privater Wirtschaft und Öffentlicher Verwaltung“ erörtert werden, dann beweist das, daß der modernen Verwaltung betriebswirtschaftliche Gesichtspunkte sehr naheliegen⁶⁰³). Daß man bemüht ist, eine Verwaltungslehre neben das Verwaltungsrecht treten zu lassen, die gerade die wirtschaftliche Gestaltung der Verwaltung betrifft, mag auch ein Hinweis auf die Abkehr von der rein hoheitlichen Auffassung der Verwaltung zu einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise sein⁶⁰⁴). Schließlich sei noch erwähnt, daß sich auch das Rationalisierungskuratorium der Deutschen Wirtschaft mit Verwaltungsaufgaben befaßt, in dem es einen Ausschuß für wirtschaftliche Verwaltung gebildet hat, der schon eine Reihe von Untersuchungen veröffentlicht hat⁶⁰⁵).

Wenn das GWB die Tätigkeit der öffentlichen Hand erfaßt, so sind auf diese auch die Ausnahmebestimmungen anzuwenden. Schwieder⁶⁰⁶) geht davon aus, die in § 5 Abs. 2 gebrauchten Begriffe hätten keine Einzelbedeutung, während Kirschstein-Segelmann⁶⁰⁷) den einzelnen Tatbestandsmerkmalen jeweils eine besondere Bedeutung zuweisen. Unabhängig von dieser Streitfrage muß aber die Rationalisierung wirtschaftlicher Vorgänge nach Ansicht beider Autoren zur Hebung der Leistungsfähigkeit und Wirtschaftlichkeit führen. Damit ist gesagt, daß jeder Vorgang im Wirtschaftsleben durch § 5 Abs. 2 erfaßt werden kann, also auch der in den Teilen A geregelte Einkauf. Der Einkauf ist eine wirtschaftliche Beziehung, die zwischen den Wirtschaftseinheiten besteht. Enthalten die Teile A aber eine Rationalisierungswirkung? Wenn man von dem Begriff ausgeht, ist Rationalisierung eine Gestaltung, die der Überlegung entspricht, und im wirtschaftlichen Bereich zu einer Überwindung der Knappheit der Güter führt. Der Betrieb soll im Hinblick auf die Verwirklichung des wirtschaftlichen Prinzips gestaltet werden⁶⁰⁸).

Wenn man anerkennt, daß der Wettbewerb die bestmögliche Versorgung mit Gütern ermöglicht, muß man auch sagen, daß dieser bei den Beschaffungen der öffentlichen Hand bestehen muß. Wenn also die öffentliche Hand von sich aus nicht im Wettbewerb steht, ist es gerechtfertigt, daß ein Markt geschaffen wird, an dem dann Wettbewerb herrscht. Dies geschieht durch die in den Teilen A angeordnete Ausschreibung. Auch die Leistungsbeschrei-

bungen haben eine wettbewerbsfördernde Wirkung. Ebenso wird durch das Ausschreibungsverfahren ein Rationalisierungserfolg erreicht.

Bei der getroffenen Auslegung des Begriffs der Rationalisierung ist mit den Teilen A auch eine Hebung der Wirtschaftlichkeit gegeben. Wie Welter⁶⁰⁹⁾ nachweist, bedeutet gerade die öffentliche Ausschreibung für alle Beteiligten eine wirtschaftliche Besserstellung. Die öffentliche Hand wird zwar zu einer größeren Arbeitsbelastung durch die Zahl der durch die Ausschreibung angesprochenen Bieter veranlaßt. Aber infolge des Verbots der Verhandlungen mit den Bietern (VOL/A § 19, VOB/A § 18) entfällt die ständige persönliche Nachfrage. Die Überflutung mit Angeboten wird im übrigen bei einer genauen Befolgung der Anordnungen über die Leistungsbeschreibungen nicht so groß sein, da sich dann wirklich nur die Unternehmen beteiligen, die den Gegenstand liefern können. Dieser Grund für die Entstehung der Verdingungskartelle wird dann ebenfalls nicht mehr ins Gewicht fallen. Außerdem ist jeder Wettbewerb mit Geldausgaben durch die Werbung verbunden. Bei den öffentlichen Ausschreibungen entfallen diese Kosten, da die Unternehmen sich unabhängig von der Werbung an ihr beteiligen können⁶¹⁰⁾.

Schließlich muß noch eine Verbesserung der Bedarfsbefriedigung eintreten. Die Regelung zwischen den Unternehmen muß hierzu geeignet sein. Hier kommt ein Moment zur Geltung, das für die öffentliche Hand in besonderem Maße von Wichtigkeit ist. Jede nach dem GWB zulässige Rationalisierung muß der Gesamtheit der Verbraucher und nicht nur einzelnen Gruppen zugute kommen⁶¹¹⁾. Die sich aus der Rationalisierung ergebenden Gewinne sollen wenigstens teilweise an die Verbraucher weitergeleitet werden⁶¹²⁾. Durch die Verdingungsordnungen soll der für die Allgemeinheit, d. h. die Steuerzahler, günstigste Preis erzielt werden. Der Zuschlag erfolgt auf das wirtschaftlichste Angebot, VOL § 24 III. Bei ihrer Tätigkeit müssen sich die Beamten immer darüber klar sein, daß sie letztlich nur Treuhänder der Allgemeinheit sind, da sie deren Gelder verwenden⁶¹³⁾.

Der Rationalisierungserfolg muß nach § 5 Abs. 2 Satz 2 GWB in einem angemessenen Verhältnis zu den Wettbewerbsbeschränkungen stehen. Diese Verhältnismäßigkeit ist bei den Teilen A gegeben. Das ergibt sich aus der Wettbewerbsförderung, die mit der öffentlichen Ausschreibung verbunden ist. Auch bestehen hier keine Bedenken gegen die Anwendung der Vorschriften des § 25 1d VOB und 24 V VOL, wonach Bieter, die eine Preisabsprache aus Anlaß der Ausschreibung getroffen haben, unberücksichtigt bleiben. Auch hierin ist vor Abschluß des Vertrages eine zulässige Wettbewerbsförderung zu sehen, da die Nachfrager so vom Abschluß von Preisabsprachen ferngehalten werden können. Auch Miksch⁶¹⁴⁾ fordert aus volkswirtschaftlichen Gründen, daß der Staat sein Vergabewesen einheitlich regeln müsse. Auch er nimmt damit die Wettbewerbsbeschränkungen zu Gunsten der besseren Versorgung der Allgemeinheit in Kauf.

B. Die Teile B

1. Eine formale Wettbewerbsbeschränkung im Sinne des § 1 GWB

Wie für die Teile A muß auch für die Teile B festgestellt werden, ob sie für das GWB von Bedeutung sind. Der Inhalt der Teile B waren allgemeine Geschäftsbedingungen. Ob über Konditionen überhaupt Kartelle durch Absprache gebildet werden können, war zur Zeit der Kartellverordnungen bestritten⁶¹⁵⁾. Nach der Art der Wettbewerbsbeschränkungen zu urteilen, werden die Konditionenkartelle heute als die unterste Stufe der Kartelle angesprochen⁶¹⁶⁾. Durch die einheitliche Anwendung von Konditionen wird erreicht, daß sich der Wettbewerb auf die wesentlichen Punkte, Leistung und Preis, konzentriert. Die einheitliche Anwendung dient also der Transparenz des Marktes. Durch die Vereinheitlichung der Konditionen kann der Vertragspartner oft erst den Markt übersehen⁶¹⁷⁾.

Eine formale Wettbewerbsbeschränkung im Sinne des § 1 GWB wird durch die einheitliche Anwendung der Teile B erreicht, da das Streben der Nachfrager nach Geschäftsbeziehungen mit Dritten verringert wird. Die Nachfrager lassen sich nicht auf andere Bedingungen ein, als sie in den Verdingungsordnungen und den Zusatzbedingungen enthalten sind. Sie verhalten sich also einheitlich gegenüber der anderen Marktseite und treten bezüglich der Bedingungen nicht in Wettbewerb.

2. Geeignetheit, die Marktverhältnisse zu beeinflussen

Durch dieses einheitliche Verhalten wird den Bietern die Möglichkeit genommen, zu anderen Geschäftsbedingungen abzuschließen. Es besteht also die Möglichkeit der Marktbeeinflussung. Wie bei den Teilen A haben die Bieter auch keine Ausweichmöglichkeit, da der Umfang der Beschaffungen der öffentlichen Hand zu erheblich ist. Bei Einkaufsbedingungen ist die Geeignetheit zur Marktbeeinflussung noch besonders deutlich. Durch die Einkaufsbedingungen besitzen die Abnehmer infolge der Größe ihrer Aufträge maßgeblichen Einfluß auf den Produktionsumfang der Lieferanten. Die Verdingungsordnungen werden daher in der Wirtschaft besonders kritisiert, wenn sie auf Waren angewandt werden, die sonst zu anderen, von den Verkäufern aufgestellten Bedingungen gehandelt werden. Meist steht hinter diesen Forderungen eine überragende Marktmacht, deren Paarung mit der staatlichen Gewalt eine Überlegenheit schafft, die nicht gerade als der beste Garant für einen billigen Ausgleich der Interessen anerkannt werden kann⁶¹⁸⁾.

3. Die Teile B als Anwendungsfall des § 2 GWB

Die Teile B sind allgemeine Geschäftsbedingungen im Sinne des § 2 GWB⁶¹⁹⁾. Der Begriff der Bedingungen ist aber nicht im juristischen Sinne § 158 BGB aufzufassen, sondern wirtschaftlich ist unter Bedingungen die Summe der Voraussetzungen zu verstehen, unter denen jemand ein Geschäft abschließt. Diese Voraussetzungen müssen aber nicht in ihrer Gesamtheit Vertragsinhalt werden⁶²⁰⁾. Daher ist es nicht erforderlich, innerhalb der Teile B eine

Auswahl danach zu treffen, ob sich eine einzelne Vorschrift nur an den Auftraggeber oder Auftragnehmer wendet, z. B. §§ 2 Abs. 3; 5 Abs. 2 VOL; 5 Abs. 2 VOB. Man kann hier keine Besonderheit der Verdingungsordnungen annehmen. Auch für die sonstigen, von Unternehmen aufgestellten allgemeinen Geschäftsbedingungen ist es nämlich anerkannt, daß sie dazu bestimmt sein können, dem Unternehmer als Anweisung für seine Angestellten zu dienen⁶²¹).

Wenn für die Teile A eine Anwendung des § 2 GWB abgelehnt wurde, geschah dieses, weil sie in ihrem Gesamtcharakter gerade nicht zu den wirtschaftlichen Voraussetzungen gehören, unter denen ein Geschäft abgeschlossen wird, sondern weil sie die Organisation des Geschäftsabschlusses regulierten.

Der Berichterstatter sah als eine in § 2 GWB geregelte Bedingung nur solche Bedingungen an, die etwas über den Hauptleistungsgegenstand aussagten, während negative Aussagen, daß eine Nebenleistung nicht erbracht werde, eine besondere wettbewerbsbeschränkende Abrede sei. Da aber das Gesetz für eine solche Unterscheidung keinen Anhaltspunkt gibt, und es praktisch eine Frage der Vertragsformulierung wäre, ob eine positive oder negative Bedingung vorliegt, ist es anerkannt, daß dieser Unterscheidung nicht zu folgen ist⁶²²). Daher brauchen die Teile B in dieser Richtung nicht untersucht zu werden. Vielmehr ist die einzige Grenze für die Konditionenkartelle, daß sie sich nicht auf Preise oder Preisbestandteile beziehen. Wenn das der Fall ist, tritt die Folge des § 1 ein, wenn nicht eine andere Kartellart zutrifft. In dieser Einschränkung der Zulässigkeit liegt das schwierigste Tatbestandsmerkmal des § 2 GWB. Jede Geschäftsbedingung wirkt sich nämlich letztlich auf den Preis aus, da z. B. vom Umfang der Haftungsbeschränkung, dem Lieferort und der Zahlungsfrist die Kalkulation für den Preis abhängt⁶²³). Für die Einkaufsbedingungen gilt grundsätzlich das gleiche. Hier kommt es vor allem auf die Rationalisierung des Einkaufswesens an. Große Unternehmen wollen ihre verschiedenartigen Gegenstände einheitlich beschaffen. Genau so verfährt die öffentliche Hand. Auch sie möchte ihre Stellung zu den Vertragspartnern einheitlich regeln. Daß es dabei zu Konflikten zwischen den Einkaufs- und Verkaufsbedingungen kommen kann, ist natürlich⁶²⁴). Daß sowohl Preise als auch Bedingungen zu einer Marktbeherrschung führen können, zeigt schließlich das Gesetz selbst, indem es im § 22 Abs. 3 die Preise und Geschäftsbedingungen nebeneinander stellt.

Wenn man also den Satz 2 ganz wörtlich nähme, würde er zu einer Auflösung des § 2 führen. Es muß daher ermittelt werden, was der Gesetzgeber hier meinte. „Preisbestandteile“ sind in der Gesetzessprache im § 4 der PreisbildungsVO erwähnt⁶²⁵). Damals erkannte man klar, daß eine echte Trennung zwischen Konditionen und Preisbestandteilen nicht möglich war⁶²⁶). Da alle Konditionen Preise oder Preisbestandteile enthalten, muß ein dem Gesetzeszweck entsprechendes Abgrenzungsmerkmal zwischen den nach § 2 Abs. 1 Satz 1 zulässigen Geschäftsbedingungen und nach Satz 2 unzulässigen Preisbestandteilen gefunden werden. Wenn die Zulässigkeit des Konditionenkar-

tells darauf beruht, daß der Leistungswettbewerb sich verstärkt, dann müssen alle Konditionenkartelle nach Satz 2 als verboten angesehen werden, die versteckte Preisbestandteile enthalten und so nur äußerlich den Leistungswettbewerb fördern. Daher kommt von Brunn⁶²⁷⁾ zu dem Ergebnis, daß Geschäftsbedingungen nach § 2 nur dann gegeben sind, wenn sie als notwendige Bestandteile des Preises beim Geschäftsabschluß dem Vertragspartner bekannt werden. Verbotene Preisbestandteile sind sie, wenn sie die Höhe des Preises beeinflussen, ohne daß der Geschäftspartner das bei Vertragsabschluß erkennt. In einem nach § 2 GWB zulässigen Kartellvertrag können also alle Bedingungen enthalten sein, die dem Vertragspartner des Kartellmitgliedes zeigen, daß durch sie der Preis beeinflußt wird.

Im folgenden sind daher die Teile B auf solche versteckten Preisbestandteile zu untersuchen. § 1 VOB, Art und Umfang der Leistung, enthält keinen Preisbestandteil. Wenn sich in § 2 die Vergütung auf alle in der Beschreibung geregelten Leistungen bezieht, kann der Auftragnehmer auch hier erkennen, welche Preise abgegolten sind. Gerade hier wird für die Vertragspartner eine besondere Wettbewerbsförderung erreicht, da sie wissen, welche Leistungen endgültig zu erfolgen haben. Auch die übrigen Vorschriften, §§ 3–9, enthalten keine Preisbeeinflussungsmöglichkeiten. Das Verbot der Überschreitung des Angebotssatzes verhindert es, daß die Parteien den Preis neu bestimmen, ohne daß die Gegenpartei die Preisfestsetzung erkennt. Der übrige Inhalt ist typischerweise in den allgemeinen Geschäftsbedingungen enthalten, und es sind keine verdeckten Preisabreden darin gegeben. § 15, der die Stundenlohnarbeiten betrifft, bedarf noch besonderer Erwähnung. Zu den Verrechnungssätzen treten hier noch andere Zuschlagsmöglichkeiten hinzu für Gemeinkosten, Gewinn, Wagnis und Umsatzsteuer. Da diese Zuschläge aber genau geregelt sind und § 15 nicht etwa vorsieht, daß allgemeine Zuschläge genommen werden können, die der Geschäftspartner nicht nachprüfen kann, besteht auch gegen diese Regelung kein Bedenken. Auch in der VOL, die den gleichen Gegenstand regelt, sind keine verdeckten Preisvorschriften, die dem § 2 Abs. 1 Satz 2 zuwiderlaufen, enthalten. Die durch die Anwendung der Teile B herbeigeführte Wettbewerbsbeschränkung und ihre Geeignetheit zur Marktbeeinflussung erfüllt also den Tatbestand des § 2 GWB, da sie sich auf die dort geregelten Konditionen bezieht.

III. Die Einführung der Verdingungsordnungen als Maßnahmen im Sinn des GWB

Ob die Einführung der Verdingungsordnungen bei den Unternehmen, die sie anwenden, mit dem GWB vereinbar ist, kann nur danach beurteilt werden, ob entsprechende Maßnahmen vorliegen. Solche Maßnahmen können Verträge oder Empfehlungen sein.

A. Verträge

Öffentlich-rechtliche Verträge können zwischen den Auftraggebern über die Einführung der Verdingungsordnungen nicht abgeschlossen sein, da diese nur über Gegenstände des öffentlichen Rechts möglich sind⁶²⁸⁾.

Der Finanz-, der Verkehrs- und der Postminister haben die VOB in einem gemeinsamen Erlaß eingeführt⁶²⁹). Der Finanzminister handelte dabei „zugleich im Namen der beiden anderen Minister“, und es heißt, daß „im Einvernehmen“ mit den beiden anderen Ministern die VOB eingeführt werde. Kann man hierin einen Vertrag oder Beschluß im Sinne des § 1 GWB sehen?

Ein Vertrag ist die erklärte Willensübereinstimmung zweier oder mehrerer sich gegenüberstehender Parteien über die Herbeiführung eines Rechtserfolges⁶³⁰). Die Gestaltung der Rechtsverhältnisse oder der Eintritt einer Rechtsfolge ist unabdingbares Vertragserfordernis, da der Vertrag ein Rechtsgeschäft ist. Das ist der Tatbestand, der eine oder mehrere Willenserklärungen enthält und auf Grund dessen ein Rechtserfolg eintritt, weil er von den Parteien gewollt oder als gewollt bezeichnet ist⁶³¹). Die Unterscheidung Vertrag – Beschluß beruht darauf, daß beim Vertrag alle rechtsgeschäftlich übereinstimmen müssen, während beim Beschluß, der eine Organisation voraussetzt, sich die Mehrheit durchsetzt. Auch der Beschluß ist aber ein Rechtsgeschäft, das auf dem Zusammenwirken beruht, und bei dem Willenserklärungen abzugeben sind⁶³²). Dabei ist weder für den Vertrag noch den Beschluß als Rechtsbegriff erforderlich, daß sie die Verpflichtung zu einem bestimmten Verhalten enthalten. Auch ist kein Anhaltspunkt für den Willen des Gesetzgebers erkennbar, die Verpflichtung unter den Beteiligten zum Tatbestandsmerkmal im § 1 zu erheben⁶³³). Die Ansicht von Lukes bedeutet also keine Entleerung des Vertragsbegriffs, sondern ergibt sich aus ihm⁶³⁴).

Daher können auch unverbindliche Verträge und Beschlüsse dem § 1 GWB unterfallen, da § 34 die Schriftform nur für §§ 2 ff GWB fordert. Nicht unter § 1 GWB fällt das geplante gleichförmige Verhalten, das open – price-System und die Preisführerschaft. Das Unterscheidungsmerkmal gegenüber dem gentleman agreement liegt in dem kooperativen Rechtsgeschäft, das § 1 fordert⁶³⁵).

Da eine Verpflichtung für die Rechtsgeschäfte des § 1 GWB nicht erforderlich ist, bleibt festzustellen, ob in den genannten Einführungserlassen ein kooperatives Rechtsgeschäft zu sehen ist. Der Vertrag oder Beschluß bedarf zu seiner Wirksamkeit der Mitwirkung mehrerer. Niemand kann für sich einen Vertrag schließen oder einen Beschluß fassen. Das Einvernehmen bedeutet aber nur eine vorherige Verständigung. Auch ohne diese Verständigung hätten für einzelne Geschäftsbereiche – wie später für das Bundesverteidigungsministerium – die Verdingungsordnungen eingeführt werden können. Fraglich könnte aber noch sein, ob die betreffenden Geschäftsbereiche zwar anders handeln konnten, im vorliegenden Fall aber vertrags- oder beschlußähnlich handeln wollten. Da der Vertrag und der Beschluß eine Willenserklärung voraussetzen, muß gefordert werden, daß der Rechtserfolg eintritt, weil die Parteien ihn gemeinsam als gewollt bezeichneten. Eine wettbewerbsbeschränkende Wirkung nach § 1 GWB tritt ein, weil die Parteien durch ihr gewolltes Zusammenwirken diese herbeiführen. Wenn die betreffenden Ressortminister aber nur im Einvernehmen handelten, bedeutet dies nur eine äußere Abstimmung. § 38 Abs. 2 GWB beweist, daß das nur bewußte Parallelverhalten nicht unter § 1 GWB

fällt. Zu einem Vertrag oder Beschluß genügt also nicht nur bewußtes Gleichverhalten, andererseits ist aber auch keine Verbindlichkeit erforderlich. Wesentlich für den Vertrag oder Beschluß ist vielmehr das Gleichverhalten auf Grund einer Willenserklärung, die einem anderen gegenüber abgegeben wurde, und weil der andere die gleiche Erklärung abgab. Ein solcher Rechtsfolgswillen ist aus den Einführungserlassen nicht zu entnehmen, daher scheidet eine Behandlung der Verdingungsordnungen nach § 1 GWB bis jetzt aus.

B. Empfehlungen im Sinn § 38, Abs. 2, Satz 2 GWB

1. Die Einführungserlasse der Behörden keine Empfehlungen

Eine Empfehlung unterscheidet sich zunächst von der Vereinbarung des § 1 durch ihre rechtliche Unverbindlichkeit⁶³⁶). Sie ist kein Befehl einer mit Weisungsbefugnis ausgestatteten Stelle an einen zum Gehorsam Verpflichteten. Durch die Empfehlung will man den Gesprächspartner überzeugen⁶³⁷).

Die Verdingungsordnungen wurden durch Verwaltungsanordnungen bei den Behördenauftraggebern aber nur für jedes Ministerium, das als Unternehmen erkannt wurde, eingeführt. Es fehlt also schon an einem Dritten, der überzeugen könnte. Zum anderen haben die Verwaltungsanordnungen bindende Wirkung. Das Gesetz wendet sich in § 1 gegen die kooperative Wettbewerbsbeschränkung durch Maßnahme, in § 38 Abs. 2 gegen die unverbindliche einseitige Wettbewerbsbeschränkung durch Maßnahme. Die verbindliche einseitige Wettbewerbsbeschränkung behandelt das Gesetz als Wettbewerbsbeschränkung durch Zustand in § 22. Wettbewerbsbeschränkungen dieser Art kommen im Wirtschaftsleben durch Konzerne zustande, die in § 22 Abs. 5 der Mißbrauchsaufsicht unterstellt sind.

Durch die Einführungserlasse wird also nicht gegen das Empfehlungsverbot des § 38 verstoßen.

2. Die Einführung der Verdingungsordnungen außerhalb der Behörden

Auch der Deutsche Städtetag, Gemeindetag, Landkreistag, Gesamtverband Gemeinnütziger Wohnungsunternehmen, Hauptverband der Bauindustrie u. a. haben die Anwendung der Verdingungsordnungen empfohlen. Hier kommt auch wieder vorwiegend die VOB in Frage⁶³⁸). Es fragt sich, ob hier ein Verstoß gegen das Empfehlungsverbot vorliegt. Da die betreffenden Stellen keine Weisungsbefugnis haben, sind die weiteren Voraussetzungen der verbotenen Empfehlung des § 38 Abs. 2 Satz 2 GWB zu prüfen.

a) Voraussetzungen der Empfehlung

Wenn die betreffenden Stellen dem Adressaten die Anwendung der VOB nahelegen, könnte es sich um einen Ratschlag handeln. Der Ratschlag ist die außerhalb der Wettbewerbsbeziehung unabhängig vom unternehmerischen Eigeninteresse des Ratgebers an den Ratsempfänger gegebene Hinweis auf die Vor- oder Nachteile eines bestimmten wirtschaftlichen Verhaltens⁶³⁹). Das Entscheidende ist hier die wettbewerbsneutrale Position, während die Empfehlung wettbewerbsbezogen ist. Da sie im GWB geregelt ist, muß sie eine Art der Wettbewerbshandlung sein⁶⁴⁰). Außenstehende können nur Ratschläge

erteilen. Die hier in Frage stehenden Stellen sind aber keine solche außenstehende Personen. Wenn die Kommunen bei ihrer Wirtschaftsbetätigung als Unternehmen angesehen wurden, muß auch ihr Zusammenschluß in den Fällen, in denen Wirtschaftsfragen behandelt werden, als Unternehmensvereinigung angesehen werden. Alle hier genannten Vereinigungen können also Empfehlungen nach § 38 GWB aussprechen. Das gilt auch für den Bund gegenüber der Deutschen Bundesbahn⁶⁴¹).

Hier verdient aber die Tatsache Berücksichtigung, daß die VOB von dem Normenausschuß übernommen wurde, Teil A DIN 1960, Teil B DIN 1961. Die Empfehlungen des Deutschen Normenausschusses stehen wettbewerbsneutral außerhalb des GWB. Daß die Tätigkeit des Deutschen Normenausschusses dem GWB nicht unterfällt, wird gerade als Beweis dafür angesehen, daß die Empfehlung nicht schlechthin verboten sein kann⁶⁴²). Kann man daraus schließen, daß die Verhaltensweise der nichtwettbewerbsneutralen Gremien, die die gleichen Bedingungen einführen wollen, keine Empfehlung sei? Das GWB will jede Wettbewerbsbeschränkung verhindern. Wenn Ausnahmen für den Fall bestehen, daß eine wettbewerbsneutrale Stelle tätig wird, ist das nur eine Folge der Tatsache, daß ausschließlich der geschäftliche Verkehr dem GWB unterliegt. Daher ist die Einführung der VOB durch die genannten Gremien trotzdem eine Empfehlung.

Den folgenden Erörterungen soll zunächst der Empfehlungsbegriff Hubers zu Grunde gelegt werden⁶⁴³). Danach ist eine Empfehlung eine „von einem Einzelnen, einem Kartell oder einem Unternehmensverband ausgehende, an ein oder mehrere Unternehmen gerichtete einseitige, rechtlich unverbindliche Erklärung, durch die der Empfehlende das wirtschaftliche Verhalten des Empfehlungsempfängers im Wettbewerb in einer faktisch bindenden Weise bestimmt“. Die beiden letzten Merkmale bedürfen nach der Erläuterung.

In der Literatur hatten sich drei Richtungen gebildet, die den nach § 38 Abs. 2 verbotenen Erfolg, Bestimmung des wirtschaftlichen Verhaltens, verschieden betrachteten: Die Beschränkung der Entschlußfreiheit, das gleichförmige Verhalten und die Umgehung des Gesetzeszweckes. Die wohl überwiegende Meinung schloß sich der ersten Ansicht an, der auch der BGH folgte. Der Gebrauch der Entschlußfreiheit soll nicht behindert werden⁶⁴⁴). Deshalb ist die Willensbeeinflussung unbedingte Voraussetzung der Empfehlung. Aus dem Verhalten des Empfehlenden muß zu entnehmen sein, daß er einen Appell an die Willensbildung richten will. Von den Adressaten wird ein bestimmtes Verhalten gewünscht⁶⁴⁵).

In den hier vorliegenden Fällen ist wohl aus dem Rundschreiben und dem Anschreiben an die Deutsche Bundesbahn zu entnehmen, daß die Empfehlenden eine solche Beeinflussung des Willens wünschen.

Schließlich gehört zum Tatbestand der Empfehlung nach überwiegender Meinung in der Literatur, daß sie in faktisch bindender Weise das Wettbewerbsverhalten beeinflusst⁶⁴⁶). Huber⁶⁴⁷) hält die tatsächliche Bindung für ein Wesensmerkmal der Empfehlung, während Völz⁶⁴⁸) sie als Wesensmerkmal der Umgehung betrachtet, und Benisch⁶⁴⁹) sieht in der tatsächlichen Bindung ein

Merkmal der Wettbewerbsbeschränkung. Demgegenüber hat der BGH in seinem Beschluß vom 14. 1. 1960⁶⁵⁰) festgestellt, die tatsächliche Bindung könne zwar die Folge einer Empfehlung sein, sie sei jedoch nicht eine ihrer Wesenseigenschaften.

Die Empfehlung ist eine Wettbewerbsbeschränkung durch Maßnahme und kann daher nur durch eine Bindung hervorgerufen werden. Wenn die Bindungswirkung fehlt, ist keine Maßnahme gegeben, sondern es besteht ein Zustand, in dem eine abweichende Verhaltensweise nicht möglich ist. Die tatsächlichen Bindungen bestehen besonders bei Abhängigkeit wirtschaftlicher oder sozialer Art. Sie kann durch die Empfehlung begründet werden oder schon vorher bestehen. Die Empfehlung des § 38 umfaßt daher alle Formen der faktischen Bindung, bei denen der Empfehlungsempfänger mit Rücksicht auf seine Abhängigkeit, in der er sich gegenüber dem Empfehlenden befindet, sein wirtschaftliches Verhalten gestaltet⁶⁵¹). Das ist eine Folgerung aus dem Zweck des Empfehlungsverbot, die Entschlußfreiheit des Empfehlungsempfängers von Bindungen freizuhalten.

Es ist im Rahmen dieser Arbeit nicht möglich, die tatsächlichen Verhältnisse im einzelnen zu überprüfen. Für das Verhältnis des Bundes und der Länder zu den Sondervermögen, wie Post, Bahn, wird eine Bindung weitgehend zu bejahen sein, da sie Zuweisungen aus dem Bundesvermögen erhalten. Fraglich dagegen erscheint die tatsächliche Abhängigkeit bei den Kommunen und den Industriefirmen.

Folgt man dagegen der Ansicht des BGH, so liegt in den meisten der hier zu untersuchenden Fälle der Anwendung der Verdingungsordnungen eine Empfehlung, denn der Wille der Adressaten sollte doch – ohne Erzeugung einer Rechtspflicht – dadurch beeinflußt werden, daß die betreffenden Gremien ihren Mitgliedern die Anwendung der Verdingungsordnungen nahe legen, weil sie diese für vorteilhaft hielten.

Nach § 38 Abs. 2 Satz 2 begeht eine Ordnungswidrigkeit nur derjenige, dessen Empfehlungen auch befolgt werden. Der Umgehungstatbestand wird also nicht durch den Empfehlenden allein, sondern durch die Adressaten, die sich gleichförmig verhalten, bestimmt⁶⁵²).

Eine Umgehung des Gesetzes kennt nicht nur das GWB, sondern auch die Zivilrechtslehre im Anschluß an § 134 BGB, nach dem das Rechtsgeschäft ohne Rücksicht auf die Umgehungsabsicht oder das Bewußtsein dann nichtig ist, wenn das Gesetz einen bestimmten Erfolg verhindern wollte. Besondere Bedeutung hat der Umgebungs-begriff im Steuerrecht erlangt, § 6 StAnpG⁶⁵³). Der Mißbrauch von Formen und Gestaltungsmöglichkeiten des bürgerlichen Rechts soll die Steuerpflicht nicht ausschalten.

Wenn man diese Elemente auf das GWB überträgt, kann man sagen, die Umgehung besteht hier darin, daß die Empfehlung einen Zweck, der durch das GWB verhindert werden soll, durch Benutzung eines im Gesetz nicht verbotenen Gestaltungsmittels erreicht werden soll⁶⁵⁴). Die Empfehlung ist also noch nicht die Umgehung, sondern sie führt sie erst herbei. Zwischen der Empfehlung und der Umgehung muß also ein Kausalverhältnis bestehen⁶⁵⁵). Das

hieraus abzuleitende Erfordernis der Kollektivempfehlung ist für die Adressaten der VOB gegeben, da sich die Erlasse und Rundschreiben an mehrere Unternehmen der gleichen Wirtschaftsstufe – Nachfrager – richten. Dieses gleichförmige Verhalten muß einander angepaßt sein, es genügt kein beziehungsloses Nebeneinander. Wenn die Nachfrager als juristische Personen des öffentlichen Rechts angesprochen werden, wissen sie voneinander. Vor allem fühlen sie sich als Teilnehmer am Wirtschaftsverkehr miteinander verbunden. Daher dürfte auch dieses Erfordernis gegeben sein ⁶⁵⁶).

b) Empfehlung zu §§ 2 und 5 Abs. 2 GWB

Der Tatbestand des § 38 Abs. 2 Satz 2 GWB fordert die Umgehung eines Verbotsgesetzes. Da § 1 GWB Verträge nur für unwirksam erklärt, kann er nicht die Verbotsnorm sein, sondern erst aus der Verbindung mit § 38 Abs. 1 Satz 1 ergibt sich das Verbot ⁶⁵⁷).

Die Empfehlung der Teile A und B erfüllt aber nur die Tatbestandsmerkmale der §§ 2 und 5 Abs. 2. Das Merkmal Vertrag oder Beschluß wird durch das Tatbestandsmerkmal Empfehlung ersetzt. Wie der Verweis auf § 1 GWB in den §§ 2 und 5 GWB zeigt, sind das Konditionen- und das Rationalisierungskartell ebenso unwirksam. Durch eine Anmeldung nach § 9 Abs. 2 GWB können sie wirksam werden.

Für die Empfehlung ist keine Anmelde-möglichkeit im Gesetz vorgesehen. Das Bundeskartellamt hat daher ausdrücklich die Anmeldung eines Konditionenkartells abgelehnt ⁶⁵⁸). Es begründet seine – wie es allerdings betont unverbindliche – Auffassung damit, daß der Schutzzweck des § 34 GWB für den Einzelnen umgangen werde. Wie weit das zutreffend ist, sei dahingestellt, da man den Sinn des § 34 auch in der Behördenpublizität sehen kann ⁶⁵⁹). Da eine Anmeldung im Gesetz nicht vorgesehen ist, werden für das Empfehlungsverbot verschiedene Ansichten vertreten.

Reimann und das Landgericht Köln nehmen an, daß aus der Nichtanmeldefähigkeit der Empfehlungen ein absolutes Empfehlungsverbot folge ⁶⁶⁰). Das kann jedoch deshalb nicht richtig sein, weil das Gesetz sonst die schwerere Form des Kartells zuließe, während es die leichtere Form, die Empfehlung, verbieten würde ⁶⁶¹).

Die Folge ist, daß das Gegenteil vertreten wird. Weil keine Anmeldefähigkeit vorgesehen sei, habe der Gesetzgeber die Tatbestände der §§ 2 ff GWB von dem Empfehlungsverbot ausgenommen ⁶⁶²). Die Verfechter dieser Ansicht können sich auch auf die unterschiedliche Behandlung der Preis- und Konditionenempfehlungen unter den Dekartellisierungsbestimmungen berufen ⁶⁶³).

Auch diese Argumentation ist aber nicht zwingend. Der Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung verbietet es nicht, daß die Verwaltungsbehörden auf Grund einer Gesetzesanalogie tätig werden ⁶⁶⁴).

Bei einer Verneinung der Anmeldefähigkeit würde die Kartellfreudigkeit gesteigert, um eine Bindung zu erreichen. Außerdem kann bei der Anmeldung die Kartellbehörde die Mißbrauchsaufsicht des § 12 GWB ausüben ⁶⁶⁵). Schließt man sich daher der letzten Ansicht an, so reicht das Empfehlungsverbot genau

so weit wie das Kartellverbot. Durch Anmeldung nach § 2 GWB und durch Genehmigung nach § 5 Abs. 2 GWB kann jederzeit für die Verdingungsordnungen das Empfehlungsverbot aufgehoben werden.

Für die Teile A besteht ein Rechtsanspruch auf Erlaubniserteilung⁶⁶⁶). Die KB „kann“ sie nicht nur erteilen, sondern sie „erteilt sie“. Es ist zulässig, den Genehmigungsantrag auf eine Empfehlungserlaubnis zu beschränken⁶⁶⁷). Auch die Empfehlungserlaubnis steht unter der Wirkung des § 11 GWB.

So lange die Erlaubnis nicht erteilt ist, kann eine Geldbuße nach § 38 Abs. 2 Satz 2 nur bei vorsätzlicher Umgehung verhängt werden⁶⁶⁸). Das ergibt sich aus der grundsätzlichen Straflosigkeit von Ordnungswidrigkeiten nach § 11 OWiG, das subsidiär für das GWB gilt. Nach § 12 OWiG ist eine Ordnungswidrigkeit aber nur mit einer Buße zu ahnden, wenn der Täter auch die Verbotskenntnis hatte. Da gerade bei den neuen Tatbeständen des GWB vor einer autoritativen Entscheidung des BK oder des BGH über die Beziehungen der Verdingungsordnungen zum GWB wohl kaum ein verschuldeter Verbotsirrtum vorliegen wird, wird gegen die empfehlenden Verbände und Personen vorläufig kaum vorgegangen werden können. Auch eine solche Entscheidung würde dazu beitragen, die Zweifel gegenüber dem GWB als einem Maßnahmegesetz zu beseitigen⁶⁶⁹).

Die Empfehlung der Teile B ist dann nicht ordnungswidrig, wenn sie angemeldet ist, wodurch sie unter die Mißbrauchsaufsicht des BK nach § 12 GWB tritt. Bei einer Anmeldung sind die Stellungnahmen der Beteiligten nach § 2 Abs. 2 GWB beizubringen. Da die Teile B von dem Verdingungsausschuß bearbeitet wurden, in dem die Vertreter beider Marktseiten mitwirkten, bestehen hier wohl grundsätzlich keine Bedenken gegenüber der Anmeldefähigkeit. Ob einzelne Vorschriften der Teile B den Mißbrauch einer starken Markstellung bedeuten, wenn sie von öffentlichen Auftraggebern angewandt werden, soll im Zusammenhang mit § 22 GWB erörtert werden.

IV. Die Verdingungsordnungen in der Anwendung durch „Marktbeherrschende Unternehmen“.

1. Die Bedeutung des ausgeschriebenen Gutes für die Marktbeherrschung

Um jeden Mißbrauch der Marktmacht zu verhindern, sieht das GWB eine Mißbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen vor⁶⁷⁰). Im folgenden ist daher zu erörtern, ob die öffentliche Hand bei ihren Vergaben ein marktbeherrschendes Unternehmen im Sinne des § 22 GWB ist.

Der Markt wird durch Angebot und Nachfrage bestimmt, wobei die wirtschaftswissenschaftliche Marktformenlehre 25 Arten des Zusammentreffens von Angebot und Nachfrage entwickelt hat⁶⁷¹). Der Gesetzgeber hat in § 22 GWB in besonderem Maße auf die Erkenntnisse der Wirtschaftswissenschaften zurückgreifen müssen, da die hier gebrauchten Begriffe in anderen Gesetzen bisher nicht angewandt wurden⁶⁷²).

Auch die Marktbeherrschung kann von den Anbietern oder Nachfragern ausgehen. Fraglich erscheint aber, ob eine generelle Aussage über die Markt-

beherrschung der öffentlichen Hand als Nachfrager möglich ist. Sölter⁶⁷³) spricht zwar von einem „Block“ der öffentlichen Auftraggeber als Nachfrage-macht. Damit will er aber nicht zum Ausdruck bringen, die öffentliche Hand habe eine einheitlichen Markt, sondern es soll nur die starke Wirtschaftsstellung als solche charakterisiert werden. § 22 Abs. 1 und 2 spricht von „bestimmten Arten von Waren oder gewerblichen Leistungen“. Daraus ist zu entnehmen, daß auch das Gesetz für den Marktbegriff an das Gut und nicht etwa an das Austauschmittel Geld anknüpft. Das entspricht der wirtschaftswissenschaftlichen Erkenntnis, daß eine der Marktdeterminanten das Gut ist⁶⁷⁴). Die Gegenleistung, Geld, kann keine Marktdeterminante sein. Der Umfang der Beschaffungen der öffentlichen Hand schlechthin kann also nichts über die Marktbeherrschung aussagen. Daher kann kein generelles Urteil darüber gefällt werden, welche der fünf modelltheoretisch möglichen Nachfrageformen die Beschaffungen der öffentlichen Hand haben. Vielmehr kann das immer nur an dem einzelnen Markt gezeigt werden. Daß auch das Gesetz von dieser Erkenntnis ausgeht, zeigt die Formulierung des § 22 Abs. 2 GWB. Ein Oligopol im Sinne des Gesetzes ist nämlich sowohl dann gegeben, wenn zwischen den Unternehmen allgemein oder nur auf bestimmten Märkten wesentlicher Wettbewerb nicht besteht. Ein Unternehmen, das mehrere Waren herstellt, kann also mit einem Teil von ihnen marktbeherrschend sein, mit dem anderen nicht, da sich der Marktbegriff selbst wieder vom Gut herleitet⁶⁷⁵).

Die Untersuchung steht damit vor der Schwierigkeit, daß einerseits die Marktbeherrschung des Nachfragers bestimmt werden soll, der Marktbegriff aber andererseits wesentlich durch das nachgefragte Gut bestimmt wird. Für die Behandlung der Nachfrage der öffentlichen Hand nach den Verdingungsordnungen könnte sich hier nun eine besondere Möglichkeit ergeben. Als Sinn der Verdingungsordnungen wurde erkannt, daß durch die Ausschreibung ein Markt geschaffen werden soll, an dem sich ein Preis bildet⁶⁷⁶). Durch jede Ausschreibung wird so ein Zusammentreffen von Angebot und Nachfrage erreicht. Da sich jede Ausschreibung auf einen individuellen Gegenstand bezieht, könnte man zu dem Ergebnis kommen, bei jeder Ausschreibung sei der Ausschreibende marktbeherrschender Nachfrager als Vollmonopolist im Sinne des § 22 Abs. 1 GWB. Obwohl der bemerkenswerte Fall vorliegt, daß hier der Markt wirklich nur eine Leistung umfaßt, kann doch in dieser Weise der Marktbegriff nicht bestimmt werden⁶⁷⁷). Das nachgefragte Gut muß den Marktbegriff bestimmen. Nicht der Sondermarkt, der durch die Ausschreibung geschaffen wird, kann über die Marktbeherrschung entscheiden, sondern nur der allgemeine Markt, auf dem das Gut gehandelt wird. An diesen allgemeinen Markt will ja auch der öffentliche Auftraggeber herantreten, da er einen Marktpreis erzielen will⁶⁷⁸).

Auch wäre eine Interpretation des Gesetzes in der Weise, daß durch jede Ausschreibung eine marktbeherrschende Nachfrage entsteht, mit dem Sinn des Gesetzes wohl nicht vereinbar. Es soll jede wirtschaftliche Machtstellung kontrolliert und verhindert werden, die zu einer Ausnutzung führt. Durch die Ausschreibung als solche wird aber die Ausnutzungsgefahr nicht gegeben. Es

brauchen sich an ihr grundsätzlich nur die Unternehmen zu beteiligen, die es wünschen. Ob der Nachfrager marktbeherrschend ist, ergibt sich für die Bieter erst aus der übrigen Marktlage, die für das Gut besteht.

Da das Gesetz von einer bestimmten Art von Waren spricht, gibt es einmal eine Spezialisierung und zum anderen eine Generalisierung für die Marktdeterminante Gut an, die es ermöglicht, eine Auslegung des § 22 GWB zu finden, die dem Gesetz am meisten entspricht⁶⁷⁹⁾. Es ist nun nicht möglich, die in der Literatur verwandten Gesichtspunkte, die Homogenität der Ware, Leistung, Substitutionskonkurrenz, Waren- und Leistungsdifferenzierungen, wirtschaftliche Vergleichbarkeit und Marktgleichheit im einzelnen zu verfolgen, um zu einer Begrenzung des Marktes in sachlicher Hinsicht zu kommen, da die Verdingungsordnungen als Einkaufsbedingungen auf alle Beschaffungen der öffentlichen Hand Anwendung finden.⁶⁸⁰⁾ Das muß für jedes nachgefragte Gut selbständig geschehen und kann deshalb im Rahmen der Arbeit nicht erfolgen.

2. Die Marktdeterminanten Raum und Zeit

Gleiche Bedeutung für den Markt wie das Gut hat der Raum⁶⁸¹⁾. Die räumlichen Marktgrenzen sind bei der Untersuchung der Marktstellung gesondert festzustellen und können besondere Anhaltspunkte geben. Für die VOB hat die räumliche Marktgrenze eine Bedeutung, da die anbietenden Unternehmen ihre Arbeitskräfte und ihren Maschinenpark nicht gerne weit entfernt einsetzen. Dadurch kann die Situation entstehen, daß sich ein örtlich beschränkter Bauplatz bildet. Die Bedeutung der Raumdeterminanten ist daher allgemein anerkannt⁶⁸²⁾. Über die Berechtigung der Determinanten Zeit besteht noch keine völlige Klarheit⁶⁸³⁾. Ihre Bedeutung im Behördenauftragswesen zeigt sich aber gerade in der Forderung der Wirtschaft, gleichmäßig das ganze Jahr die Aufträge auszuschreiben und nicht stoßweise zu Beginn oder Ende des Haushaltsjahres. Bei einer Feststellung der Marktbeherrschung durch die öffentliche Hand sind also Gut, Ort und Zeit zur Bestimmung der Marktgrenzen zu berücksichtigen.

3. Die Marktbeherrschung der öffentlichen Hand an Beispielen.

Der Begriff „beherrschend“ setzt keinen Beherrschungswillen voraus, wie man es aus dem Wort entnehmen könnte. Er ist auch nicht mit einem Unwerturteil belastet. Die Absätze 1 und 2 des § 22 sind Definitionsnormen, aus denen allein noch keine rechtlichen Folgerungen gezogen werden können. Bei der Mißbrauchsaufsicht kann das Gesetz nicht die starke Marktstellung als solche mit einem Unwerturteil belasten, sondern aus der starken Stellung muß ein Verhalten entspringen, das der Gesetzgeber verhindern will. Die Preise und Geschäftsbedingungen müssen mißbräuchlich gestaltet werden⁶⁸⁴⁾. Wenn also im folgenden gesagt wird, in bestimmten Fällen sei die öffentliche Hand ein marktbeherrschendes Unternehmen als Nachfrager, so bedeutet das, daß einmal ihr Marktverhalten unter den Voraussetzungen des § 22 Abs. 3 beanstan-

det werden kann, und zum anderen, daß sich aus § 26 Abs. 2 GWB Verpflichtungen ergeben können.

a) Vollmonopol

Es kann aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen entstehen. Die Beispiele der Rechtsprechung, die tatsächliche Monopole der öffentlichen Hand zum Gegenstand haben, beziehen sich auf die Tätigkeit der öffentlichen Hand als Anbieter⁶⁸⁵).

Ein Nachfragevollmonopol der öffentlichen Hand dürfte nur bei wenigen Gütern anzutreffen sein, die wegen ihrer Verwendung ausschließlich vom Staat nachgefragt werden. Es ist hier besonders an die Aufträge des Bundesverteidigungsministeriums für Spezialartikel der Rüstung zu denken. Das Vollmonopol ist dadurch gekennzeichnet, daß es für die betreffende Ware auf der Nachfrageseite keine Wettbewerber gibt. Die Herstellerfirmen sind völlig auf die Aufträge des Bundesverteidigungsministeriums angewiesen, sie können nicht ausweichen.

b) Teilmonopol

Dieser Wettbewerbszustand ist wirtschaftswissenschaftlich dadurch gekennzeichnet, daß der Monopolist trotz des Bestehens kleiner Mitbewerber den Preis als Plandatum einsetzt und nicht aus dem Markt entnimmt, da sich die Kleinen nach ihm richten⁶⁸⁶). Beispiele für Teilmonopole sind die Nachfrage-tätigkeit der Bundesbahn nach Eisenbahnwagen, da es auch noch einige Privatbahnen gibt⁶⁸⁷), die von Gutowski gebildeten Beispiele aus der Beschaffungspraxis⁶⁸⁸). Es wird hier deutlich, daß vor allem die Nachfrage nach technischen Geräten der Bahn und Post in Frage kommt. Vollmonopolisten sind sie nicht, da es Privatbahnen gibt, und auch Private die technischen Geräte brauchen, z. B. Fernsprechanlagen. Eine allgemeine Aussage über das Vorliegen eines Teilmonopols im Sinne des GWB ist besonders schwer, da von dem an sich nicht dem Rechtsleben entstammenden Begriff des Wettbewerbs noch einmal der wesentliche und unwesentliche Wettbewerb unterschieden werden müssen⁶⁸⁹).

Als ein entscheidendes Merkmal für die Erkenntnis der Teilmonopolsituation kann man aber, von dem Wettbewerbsbegriff ausgehend, wohl das Marktverhalten des Teilmonopolisten ansehen. Wenn dieser seine Geschäftsbedingungen, die Verdingungsordnungen, ohne Rücksicht auf die Mitbewerber aufstellt, spricht das dafür, daß er wohl keine wesentlichen Wettbewerber hat⁶⁹⁰). Dabei kann diese Annahme freilich auf einem Irrtum beruhen, weshalb das Verhalten allein nicht immer ausschlaggebend ist⁶⁹¹). Die reaktive Planung mag immerhin als ein Indiz gelten, wobei der Richter freilich erst aus dem reaktiven Plan seinen Schluß ziehen muß⁶⁹²).

Daß dieses Merkmal des Marktverhaltens mit dem Marktanteil kombiniert werden muß, zeigen deutlich die Verdingungsordnungen⁶⁹³). So werden z. B. auch Schreibmaschinen nach ihnen beschafft. Man kann aber wohl nicht sagen, daß auf diesem Markt ein Unternehmen der öffentlichen Hand als Nachfrager

ohne Wettbewerber sei, auch nicht als Oligopolist, weil es nach den Verdingungsordnungen verfährt.

c) Oligopol und Teiloligopol

§ 22 Abs. 2 GWB sieht weiter eine Marktbeherrschung als gegeben an, wenn zwischen zwei oder mehr Unternehmen aus tatsächlichen Gründen kein Wettbewerb besteht, und die Unternehmen zusammen die Voraussetzungen des Absatz 1 erfüllen. Bei Abs. 2, der in der Entstehung besonders umstritten war, ist darauf zu achten, daß nicht der Oligopolbegriff der Wirtschaftswissenschaften verwandt wurde⁶⁹⁴). Das Oligopol im Sinn der Marktformenlehre ist unabhängig von dem Verhältnis der Marktpartner einer Seite untereinander. Das GWB behandelt aber nur das marktbeherrschende Oligopol. Zwischen den Bewerbern einer Marktseite darf kein wesentlicher Wettbewerb bestehen. Das Gesetz wollte in § 22 Abs. 2 GWB die Äußerungsmöglichkeit einer Marktstellung erfassen, in der der Inhaber der Marktstellung nicht ein einzelnes Unternehmen, sondern eine Mehrzahl von Unternehmen ist, die aber ihre Marktstellung nicht durch einen Vertrag behaupten⁶⁹⁵). In der Form des marktbeherrschenden Oligopols vollzieht sich meistens die Bautätigkeit der Unternehmen der öffentlichen Hand. Sie wird zu 75 % von ihr beherrscht.

Besonders deutlich ist ihre Vorrangstellung im Tiefbau. Außer einigen Werkstraßen sind Bund, Länder und Gemeinden die einzigen Nachfrager. Auch in der Waffenbeschaffung dürften das Bundesverteidigungsministerium, das Bundesinnenministerium für den Bundesgrenzschutz und die Landespolizeibehörden Oligopolisten sein, wobei diese Stellung allerdings durch die Waffenausfuhr wieder beschränkt wird. Daneben gibt es noch auf einer Reihe von Märkten Oligopolstellungen der öffentlichen Hand. Die erste Voraussetzung, daß die Oligopolisten in ihrer Gesamtheit die Voraussetzungen des Absatz 1 erfüllen, ist hier gegeben.

Zwischen den Unternehmen darf aber kein oder kein wesentlicher Wettbewerb herrschen. Sie dürfen nicht von dem Bestreben geleitet sein, sich einander vom Abschluß von Geschäften zu verdrängen⁶⁹⁶). Die Unternehmen müssen nach innen gleichlaufend planen⁶⁹⁷). Die Beschaffung der öffentlichen Hand erfolgt nach den Verdingungsordnungen, die weder durch Vertrag noch durch Empfehlung eingeführt wurden. In der Durchführung der Beschaffung und in der Gestaltung der Geschäftsbedingungen können sich also die Unternehmen keinen Wettbewerb liefern. Es käme nur noch der Preiswettbewerb in Frage, da die Verdingungsordnungen keine Preisregelung enthalten. Dadurch aber, daß alle Unternehmen nach den Verdingungsordnungen verfahren, haben sie nicht die Möglichkeit, höhere Preise als die anderen zu bieten, da der Preis erst durch die Ausschreibung bestimmt wird. Außerdem wird der Preiswettbewerb durch § 26 RHO begrenzt, wonach die Haushaltsmittel wirtschaftlich und sparsam zu verwalten sind. Bei der Anwendung der Verdingungsordnungen durch die öffentliche Hand, sind die Voraussetzungen des § 22 Abs. 2 GWB insoweit gegeben.

Ähnlich wie beim Teil-Monopol wird man auch beim Oligopol und Teil-Oligo-

pol aus dem Verhalten der Marktteilnehmer auf ihre Marktstellung schließen können. Im Schrifttum wird hier unter anderem die solidarische Haltung einer Gruppe, die Gruppendisziplin genannt⁶⁹⁸). Genau so wenig wie beim Teilmonopol muß aber hier aus dem gleichen Verhalten ein Oligopol folgen. Gleiche Geschäftsbedingungen gibt es auch in Fällen, in denen Konkurrenz herrscht⁶⁹⁹).

§ 22 Abs. 2 GWB ist nur erfüllt, wenn der Wettbewerb aus tatsächlichen Gründen fehlt. Die Gruppe von Unternehmen muß sich gleichförmig und auf einander abgestimmt verhalten, ohne daß eine Maßnahme diese Parallelität herbeiführte. Das Oligopol als tatsächliches Kollektivmonopol⁷⁰⁰) kann aber trotzdem seine Entstehungsursache in der Rechtsordnung haben. Das parallele Verhalten der Unternehmen der öffentlichen Hand beruht auf der einheitlichen Anwendung der Verdingungsordnungen. Der Grund für die Anwendung der Verdingungsordnungen war in den Einführungsrichtlinien der als Unternehmen im Sinne des GWB gekennzeichneten Ministerien gefunden worden. Die Erlasse waren weder Verträge noch Beschlüsse oder Empfehlungen im Sinne des GWB. Die Unternehmen hatten die Erlasse nur im „Einvernehmen“ miteinander abgegeben. Gerade hieraus ist ein Gruppenbewußtsein zu entnehmen. Die Unternehmen waren sich darüber einig, daß sie sich parallel verhalten, ohne daß sie sich gegenseitig gebunden hätten oder auch nur gebunden fühlten. Wenn in den Erlassen nachgeordnete Dienststellen angesprochen wurden, blieb die Weisung innerhalb eines Unternehmens, da als Unternehmenseinheit im Sinne des GWB der Dienstbereich einer Behörde erkannt wurde. Es fand also keine Außenwirkung statt.

Man kann hier auch noch die Regelung für Konzerne im GWB heranziehen. Für Maßnahmen nach § 22 Abs. 5 der KB reicht es nicht, wenn der Konzern seine Marktstellung in einem Oligopol hat⁷⁰¹). Wenn aber daraus offenbar die Verfasser des „Frankfurter Kommentars“ folgern wollen, der Konzern sei von § 22 Abs. 2 GWB nicht erfaßt, da bei ihm der Wettbewerb nicht aus „tatsächlichen Gründen“ fehle, so ist das aus dem Gesetz nicht zu entnehmen⁷⁰²). Vielmehr ist Duden⁷⁰³) zuzustimmen, der ausführt, auch beim Konzern sei der Wettbewerb aus tatsächlichen Gründen im Sinne des § 22 Abs. 2 GWB beschränkt, und auch Borchardt-Fikentscher⁷⁰⁴) rechnen die Wettbewerbsbeschränkungen im Konzern zu den Wettbewerbsbeschränkungen durch Zustand. Wenn der Gesetzgeber in § 22 Abs. 2 GWB vom Fehlen des Wettbewerbs „aus tatsächlichen Gründen“ spricht, so soll damit nur der Unterschied zur rechtsgeschäftlichen Vereinbarung der Wettbewerbsbeschränkung als Kartell im Sinne des § 1 GWB herausgestellt werden.⁷⁰⁵). Andernfalls müßte man sagen, daß sich Konzerne nicht an einem Oligopol beteiligen könnten, und daher dieses Oligopol nicht dem GWB unterfiele. Eine solche Lücke ist aber vom Gesetzgeber wohl nicht gewollt. Daher ist es möglich, bei der Berechnung des Marktumfangs auch die von der öffentlichen Hand abhängigen Unternehmen, die Sondervermögen, hinzuzunehmen. Auf diese Weise können die Unternehmen der öffentlichen Hand bei ihren Beschaffungen auf den verschiedensten Märkten die Oligopolstellung erhalten.

Das vorliegende Ergebnis scheint unbefriedigend, da abgesehen von Einzelbeispielen nicht allgemein gesagt werden kann, ob die öffentliche Hand bei ihren Nachfragen auf Grund der Verdingungsordnungen ein marktbeherrschendes Unternehmen im Sinne des § 22, Abs. 1 oder 2 bildet. Diese Frage kann vielmehr immer nur für einen einzelnen Markt, der durch Gut, Ort und Zeit bestimmt ist, entschieden werden. Es hat sich erwiesen, daß bei der Frage der Teilmonopole und Oligopole sich die Marktbeherrschung erst aus dem Zusammenwirken von Marktanteil und Marktverhalten ergeben. Beide müssen im Einzelfall bestimmt werden, bevor die Kartellbehörde zur Mißbrauchsaufsicht schreiten kann.

4. Die besondere Stellung der Unternehmen der öffentlichen Hand

Bei der Bestimmung der Marktmacht der öffentlichen Hand dürfen aber einige Besonderheiten nicht unberücksichtigt bleiben.

Die Vergabestellen stehen unter der Kontrolle der Rechnungshöfe, die bei ihren Prüfungen die Anwendung der Verdingungsordnungen verlangen. Auch aus dem Treueverhältnis des Beamten zu seinem Dienstherrn ergibt sich eine besondere Verpflichtung zur Beachtung der Verdingungsordnungen, andernfalls macht sich der Beamte ersatzpflichtig. Das Gleichverhalten beim Oligopol und Teilmonopol ist also besonders stark ausgebildet. Bei ihren Vergaben sind die Behörden doch immer noch Repräsentanten des Staates. Wenn auch nach den bisherigen Ausführungen keine Sonderrechtsstellung im Geschäftsverkehr daraus herzuleiten ist, verspürt aber doch die Marktgegenseite diese Wirkung noch. Der Auftragnehmer kommt mit dem „bürokratischen“ Verfahren in Berührung⁷⁰⁶). Die Auftragnehmer der öffentlichen Hand haben mit der Preisprüfung nach § 9 VOPR 30/53 und § 18 VOPR 8/55 zu rechnen. Die öffentlichen Auftraggeber führen sie zwar nicht selbst durch, aber sie können die Preisbehörden zu Prüfungen veranlassen. Gegen die Maßnahmen der Preisbehörde gibt es dabei keinen verwaltungsrechtlichen Schutz⁷⁰⁷). Aus gesamtwirtschaftlichen Überlegungen – trotz der Ausschreibung kann sich häufig wegen der Spezialnachfrage kein echter Marktpreis bilden – ist die Preisprüfung jedoch zu rechtfertigen⁷⁰⁸).

Wenn sich die öffentliche Hand bei ihren Aufträgen in dieser Weise gleichförmig verhalten und Belastungen für die Auftragnehmer herbeiführen kann, die im sonstigen Geschäftsverkehr nicht bestehen, dann müßten die Auftragnehmer eigentlich die öffentliche Hand als Geschäftspartner scheuen. In Zeiten guter Konjunktur ist dies auch der Fall. So hatte gerade das Bundesverteidigungsministerium Schwierigkeiten, bestimmte Stoffnachfragen unterzubringen⁷⁰⁹). Aber der gesamte Umfang der Beschaffungen ist doch zu groß, um auf diese Aufträge verzichten zu können. Bei der Feststellung der Marktbeherrschung durch die öffentliche Hand darf also der besonders hohe Grad des abgestimmten Verhaltens und die besondere soziologische Stellung nicht übersehen werden, sondern sie müssen zu einer Bejahung der Marktbeherrschung in vielen Fällen führen, in denen Unternehmen der Privatwirtschaft noch nicht marktbeherrschend sind.

5. Mißbrauch der starken Machtstellung durch die Verdingungsordnungen
Wenn der Auftraggeber marktbeherrschend ist, kann die Kartellbehörde nach § 22 Abs. 4 gegen ihn einschreiten, wenn er seine Marktstellung bei der Gestaltung von Geschäftsbedingungen mißbräuchlich ausnutzt. Diese Modalität steht für die Verdingungsordnungen zur Untersuchung, da sie sich nicht mit der Preisgestaltung im Sinne des GWB beschäftigen.“ Die Mißbrauchsaufsicht soll nur ungerechte Marktverhältnisse verhüten oder beseitigen, die in ihren Auswirkungen das Allgemeinwohl gefährden, die Teilnahme des einzelnen am wirtschaftlichen Geschehen nach seinen Gaben und seinem gerechtfertigten Bedarf und die Entfaltung seiner Persönlichkeitswerte in Frage stellen“. Gerade hier gilt es, sich vor Verallgemeinerung zu hüten und nicht von vorgefaßten Meinungen auszugehen⁷¹⁰).

Untersuchungsgegenstand sind die Geschäftsbedingungen. Wegen ihrer mangelnden Verbindung zu dem einzelnen Geschäft scheiden die Teile A aus der Untersuchung aus. Der Gesetzgeber hat die Mißbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen nicht so weit wie bei den Kartellen ausgedehnt, wo auch die Rationalisierung erfaßt wird, wenn sie zu Wettbewerbsbeschränkungen führt. Durch die Teile A kann also für § 22 nur das einheitliche, wertneutrale Marktverhalten indiziert werden.

Die Voraussetzungen für ein Eingreifen der Kartellbehörde sind in § 22 sehr eng gefaßt. Sie kann nicht alle Geschäftsbedingungen überprüfen, sondern es kommt darauf an, ob einzelne Geschäftsbedingungen unter mißbräuchlicher Ausnutzung der Marktstellung zum Vertragsinhalt gemacht wurden oder gemacht werden sollen. Auch hier ist das Tatbestandsmerkmal „beim Abschluß von Verträgen“ im wettbewerbsrechtlichen Sinn, also beim Herantreten an den Markt, zu verstehen. Wenn der Vertrag geschlossen ist, muß die Ausnutzung der Marktstellung ursächlich für die Aufnahme dieser Geschäftsbedingung gewesen sein⁷¹¹).

Da im Verdingungsausschuß die Behördenvertreter überwogen, ist eine Untersuchung im einzelnen nicht überflüssig. Die Kritik der Wirtschaft an den Verdingungsordnungen dürfte besonders für die VOL zutreffen, da die VOB auch weitgehend im sonstigen Bauwesen angewandt wird⁷¹²). Bei der VOL könnten die Vorschriften über die Güteprüfung und Gewährleistung, §§ 13, 14, beanstandet werden. Auch dieses ist aber eine Frage des Einzelmarktes, so daß hier keine generellen Aussagen möglich sind. Die Kartellbehörde muß jeweils einen Vergleich mit den übrigen Geschäftsbedingungen anstellen. Wenn die Beschaffungsbedingungen der öffentlichen Auftraggeber von den industriellen Lieferungsbedingungen abweichen, besteht aber auch andererseits die Möglichkeit für die Lieferanten, einen höheren Preis vom öffentlichen Auftraggeber als von den privaten Auftraggebern zu fordern. Die Einwirkungen der Geschäftsbedingungen auf die Preise brauchen gegenüber den öffentlichen Auftraggebern nicht unberücksichtigt zu bleiben, da § 4 Abs. 3 VOPR 30/53 für den öffentlichen Auftraggeber nur dann die gleichen „Vorteile“ verlangt, wenn die Verhältnisse bei dem öffentlichen und nichtöffentlichen Auftraggeber gleich sind⁷¹³).

Eine Bestimmung der Teile B soll als Beispiel für den Mißbrauch der starken Machtstellung untersucht werden, da sie von den Einzelmärkten unabhängig ist, § 9 Abs. 5 VOL, § 8 Abs. 4 VOB: Rücktritt des öffentlichen Auftraggebers bei Preisabsprachen des Auftragnehmers.

Hier stellt sich die Frage nach dem Mißbrauchsbegriff. Ein allgemeiner Begriff fehlt⁷¹⁴). Den Mißbrauch des GWB deshalb in einem Verstoß gegen das Sittengesetz zu sehen, da das GWB keine Verbotsnorm enthalte, erscheint deshalb nicht richtig, da das Wort „Mißbrauch“ nicht an das Sittengesetz anknüpft, sondern schon seine grammatikalische Auslegung nur die Zweckwidrigkeit ergibt⁷¹⁵). Aus der Verwandtschaft mit der Kartellverordnung leitet Schütz⁷¹⁶) den Mißbrauchsbegriff aus dem objektiv rechtswidrigen Verhalten her. In dieser Weise wird das Wort auch im BGB gebraucht⁷¹⁷). Besonders der in der Rechtsprechung entwickelte Gedanke des Rechtsmißbrauchs ist zu beachten. Er liegt vor, wenn von dem gewährten Recht nicht der richtige Gebrauch gemacht wird⁷¹⁸). Als besonderes Schutzgut des GWB wurde die persönliche Entfaltung auf wirtschaftlichem Gebiet erkannt. Ein Mißbrauch liegt dann vor, wenn von dieser Freiheit nicht der richtige Gebrauch gemacht wird. Der Umfang des Gebrauchs wird heute zivilrechtlich nicht nur durch §§ 138, 826 BGB, sondern mittelbar auch durch Art. 2 GG bestimmt. Auch § 22 GWB dient jetzt dazu, wirtschaftliche Macht unmittelbar zu beeinflussen⁷¹⁹). Gerade die allgemeinen Geschäftsbedingungen sind Ausdruck dieser im 19. Jahrhundert noch unkontrollierten sozialen Machtstellungen, die aber im 20. Jahrhundert einer Kontrolle unterstellt werden müssen⁷²⁰).

Zusammenfassend muß ein Mißbrauch im Sinne des § 22 Abs. 3 GWB eine Verhaltensweise meinen, die die grundsätzliche Zulässigkeit von Marktmacht sinnwidrig verwertet. Die Marktmacht besteht in dem Wettbewerb, der ein Produkt der sozialen Marktwirtschaft ist. Jedes Verhalten, das also nicht die Rücksicht auf die übrigen Marktteilnehmer nimmt, wie dies in einer freiheitlichen Ordnung erforderlich ist, muß daher mißbräuchlich sein⁷²¹)⁷²²). Diese freiheitliche Ordnung ist die soziale Marktwirtschaft. Der Mißbrauch braucht nur objektiv vorzuliegen. Es ist nicht erforderlich, daß sich der einzelne des Mißbrauchs bewußt ist⁷²³). Auch in § 22 GWB ist es aber dem Gesetzgeber nicht gelungen, obwohl man dieses aus der Formulierung entnehmen könnte, den sittenwidrigen Monopolmißbrauch, wie ihn die Rechtsprechung des Reichsgerichts aus §§ 138, 826, 242 BGB entwickelt hat⁷²⁴), begriffsmäßig zu erfassen und so an die Stelle der Wertungen im Einzelfall eine die Rechtssicherheit fördernde rationale Erkenntnis zu setzen. Auch für § 22 GWB ist es erforderlich, ein bestimmtes Marktverhalten unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles zu werten⁷²⁵). Die Eingriffsberechtigung für die Kartellbehörde liegt schon beim Marktangebot und nicht erst beim Vertragsangebot, wie dieses bei der richterlichen Entscheidung auf Grund der §§ 138, 826, 242 BGB der Fall war⁷²⁶).

Kann man nun unter Beachtung „aller Umstände“, § 22 Abs. 3 Satz 2 GWB, sagen, die genannten Vorschriften enthielten eine mißbräuchliche Gestaltung der Geschäftsbedingungen? Bei dem gewährten Rücktrittsrecht besteht ein

Unterschied zwischen der VOB und der VOL. Nach der VOB muß der Auftragnehmer nur eine Preisabsprache getroffen haben, um das Rücktrittsrecht des Auftraggebers auszulösen, während nach der VOL noch eine sittenwidrige Schädigung des Auftraggebers hinzukommen muß. Durch diese Klauseln will der Auftraggeber erzwingen, daß seinen Ausschreibungen kein Verdingungskartell entgegentreitt. Der Auftraggeber verschafft sich hier weitergehende Rechte, da nach den allgemeinen Regeln nur beim Vorliegen des § 138 BGB der Vertrag nichtig ist, und das GWB grundsätzlich den Kundenvertrag unberührt läßt⁷²⁷).

Ein Argument, das die Klauseln rechtfertigen könnte, wäre, die öffentliche Hand müsse bei ihren Auftragsvergaben vor Übervorteilungen in jedem Fall geschützt werden, da sie nur Treuhänderin der Allgemeinheit sei. Daher muß ihr bei Verdingungskartellen ein Rücktritts- oder Kündigungsrecht eingeräumt werden. So könnte man allenfalls die Klausel in der VOL rechtfertigen, in der VOB schon nicht mehr. Weiter könnten die Klauseln dadurch gerechtfertigt werden, daß die verbotenen Absprachen die Gefahr der künstlichen Preiserhöhung mit sich bringen und damit die Gefahr eines Verstoßes gegen den Grundsatz der Preistransparenz. Schon diese Gefahr sollte im Interesse der Allgemeinheit gebannt werden.

Muß aber dann die öffentliche Hand überhaupt vom Vertrag zurücktreten um nur den angemessenen Preis zu zahlen?

Hier greift bereits das öffentliche Preisrecht zu ihren Gunsten ein. Für die VOB ergibt sich das aus §§ 5 Abs. 2, 7 VOPR 8/55, daß die Belange des Treuhänders jederzeit gesichert werden können. Der Höchstpreis bei beschränktem Wettbewerb ist der Selbstkostenfestpreis⁷²⁸). Für den Anwendungsbereich der VOL kann man aus der VOPR 30/53 das gleiche Ergebnis herleiten. Grundsätzlich dürfen in § 4 die im Verkehr üblichen Preise nicht überschritten werden. Wenn die Preise nach den Verdingungsordnungen durch Ausschreibungen ermittelt werden, sind sie zulässig, wenn der Wettbewerb der Anbieter alle ausreichenden Garantien für ein ordnungsmäßiges Zustandekommen gegeben hat. Nach § 5 Abs. 1 Satz 2 VOPR 8/55 kann aber der öffentliche Auftraggeber auch hier Selbstkostenpreise vereinbaren, wenn der Wettbewerb auf der Anbieterseite beschränkt ist und hierdurch die Preisbildung nach § 4 VOPR/ 8/55 nicht unerheblich beeinflusst wird. Schon durch diese, dem zwingenden öffentlichen Recht angehörenden Vorschriften können also die öffentlichen Auftraggeber ihre Treuhänderfunktion immer erfüllen. Ein Rücktrittsrecht schon wegen der Gefährdung zu geben, weil der Schaden zu schwer nachweisbar ist, erscheint daher bei den öffentlichen Aufträgen nicht erforderlich, da ja durch die Preisprüfung die öffentliche Hand schon weitgehende Eingriffsrechte erhält. Nach § 9 Abs. 1 VOPR 30/53 und § 18 Abs. 1 VOPR 8/55 hat der Auftragnehmer den zuständigen Behörden das Zustandekommen des Preises auf Verlangen nachzuweisen, und die Behörden können nach § 9 Abs. 1 VOPR 30/53 und § 18 Abs. 1 VOPR 8/55 die Unterlagen einsehen und die Betriebe besichtigen. Die genannte Überlegung rechtfertigt also nicht, auch noch ein Rücktrittsrecht nach den Verdingungsordnungen.

Die Kartellbehörde kann den Antrag an die Oberlandesgerichte nach § 81 Abs. 2 GWB auf Entscheidung über eine Buße bei öffentlichem Interesse stellen. Rasch⁷²⁸⁾ ist nun der Auffassung, daß in den Fällen des Verstoßes gegen die Vorschriften der Baupreisverordnung nicht einmal das öffentliche Interesse bestehe, da die Auftraggeber infolge der Vorschriften der Preisverordnung keinen Schaden erlitten. Ob Rasch hiermit den Begriff des öffentlichen Interesses im Sinn des § 81 Abs. 2 GWB richtig erfaßt, erscheint sehr zweifelhaft. Im Bericht wird auf § 203 StPO verwiesen, der für den Eröffnungsbeschluß gilt. Die Kartellbehörde soll hier eine Ermessensentscheidung treffen⁷²⁹⁾. Der Begriff des öffentlichen Interesses ist aus dem Gebiet des Strafprozesses und des Polizeirechts zu entnehmen⁷³⁰⁾. Die Argumentation Raschs stellt unzulässigerweise das öffentliche Interesse mit dem fiskalischen Interesse gleich. Gerade im Polizeirecht bedeutet es einen schweren Verstoß gegen die polizeirechtlichen Grundsätze, wenn die Polizei aus fiskalischen Gründen tätig wird. Daher soll der Ansicht Raschs über die Behandlung der Verdingungskartelle nach dem GWB nicht gefolgt werden. Aus seiner Argumentation ergibt sich aber, daß gerade durch die Preisverordnungen dem öffentlichen Auftraggeber bereits so weitgehende Befugnisse gegenüber dem anderen Marktpartner eingeräumt sind, daß man ihm nicht viele weitere Möglichkeiten geben darf. Hamann⁷³¹⁾ bezweifelt wegen der weitgehenden Eingriffsmöglichkeiten sogar die Verfassungsmäßigkeit der Preisverordnungen. Er sieht darin eine ungerechtfertigte Bevorzugung der öffentlichen Auftraggeber, die mit Art. 3 GG nicht vereinbar sei. Auch das BVerfG hat die Preisvorschriften nicht unter dem Gesichtspunkt der Selbstprivilegierung der öffentlichen Hand geprüft⁷³²⁾. Die Argumente, die von Hamann gegen die Gültigkeit der Preisvorschriften vorgebracht werden, gelten aber gegenüber den hier zu prüfenden Vorschriften.

Die öffentlichen Auftraggeber wollen durch die Rücktrittsvorschriften erreichen, daß ihnen kein Verdingungskartell entgegentritt. Daher sehen sie die Rücktrittsfolge vor. Sie gehen damit weiter als es das zwingende Preisrecht und das Kartellrecht vorsehen. Selbst wenn man sagen wollte, die öffentliche Hand müsse bei ihrem Verhalten am Markt besonders die Anforderungen der Marktwirtschaft verwirklichen und die als schädlich erkannten Kartelle verhindern, ist diese Argumentation nicht zwingend. Nach deutschem Recht begegnen sich der öffentliche Auftraggeber und die Auftragnehmer auf dem Boden des Privatrechts und der Gleichordnung. Das Privatrecht hat nicht den Zweck, Vertragspartner zu erziehen oder zu bestrafen. Wenn dem § 817 Abs. 1 Satz 2 BGB manchmal in der Rechtsprechung eine solche Funktion zuerkannt wurde, so wendet hiergegen Esser⁷³³⁾ ein, daß die Vorschrift keine Strafsanktionen wolle, sondern nur die Rechtspflege von rechtlichen Korrekturen solcher Vermögenslagen fernhalte, die im beiderseitigen Einverständnis außerhalb des Rechts hergestellt wurden.

Wenn der öffentliche Auftraggeber sich also das Rücktrittsrecht für den Fall der Teilnahme an einer Preisabsprache vorbehält, bindet er die Entschließungsfreiheit des Auftragnehmers weiter, als es der Vertragsschluß gebietet. Eine

solche Bindung kann nicht „richtig im Sinne der Wertmaßstäbe einer sozialen Marktwirtschaft sein“⁷³⁷⁾. Der Vertrag, den Auftraggeber und Auftragnehmer schließen, dient dazu, einen Gegenstand auszutauschen. Vertragsbedingung darf also nur sein, was mit diesem Austausch in Zusammenhang steht. Wird aber eine Vertragsbedingung dazu benutzt, einen Vertragspartner aus wirtschaftspolitischen Überlegungen zu beschränken, so ist das eine zweckwidrige Benutzung der Vertragsfreiheit. Die öffentliche Hand als Teilnehmer am Geschäftsverkehr will sich hier Rechte vorbehalten, die nicht einmal der Staat als Hoheitsträger hat, denn die Kartellbehörde kann den Einzelvertrag nicht angreifen.

Mit diesem Mißbrauch der öffentlichen Autorität im Privatrechtsverkehr hat sich auch das Recht des unlauteren Wettbewerbs zu befassen⁷³⁵⁾. Auch hier will die öffentliche Hand durch Einsatz hoheitlicher Mittel im Geschäftsverkehr mit den Mitbewerbern ihre Ausgangsposition verbessern. Gegenüber all diesen Versuchen muß aber auch hier gesagt werden, daß die öffentliche Hand im Privatrechtsverkehr gegenüber den Mitbewerbern die gleiche Stellung hat, und es einen Mißbrauch bedeutet, wenn sie diese Gleichstellung durch den Einsatz hoheitlicher Mittel verletzt⁷³⁶⁾.

Daß der Mißbrauch im Sinne des § 22 Abs. 3 GWB nicht ausschließlich durch die mangelnde Rücksichtnahme auf die übrigen Marktteilnehmer in der sozialen Marktwirtschaft begangen wird, beweist § 22 Abs. 3 Satz 2, der die Berücksichtigung aller Umstände fordert. Zu diesen Umständen gehört es dann auch, wenn das wettbewerbsrechtliche Verhalten der öffentlichen Hand beurteilt wird, daß die Kartellbehörde auf die Gefahr der Vermischung von privater Rechtsgestaltung mit öffentlichen Rechtsgeboten achten muß. Es ist auch ein Mißbrauch, d. h. eine zweckwidrige Verwendung von privatrechtlichen Gestaltungsmöglichkeiten, wenn mit ihnen hoheitliche Zwecke verwirklicht werden sollen, die Verhinderung von Verdingungskartellen.

Die §§ 8 IV VOB/B und 9 V VOL/B bedeuten also, von marktbeherrschenden Unternehmen angewandt, ein mißbräuchliches Ausnutzen der Marktstellung. Da die Nachfragetätigkeit der öffentlichen Hand dem GWB unterfällt, kann also die Kartellbehörde die nach § 22 Abs. 4 vorgesehenen Maßnahmen treffen. Die abgeschlossenen Verträge werden nach §§ 22 Abs. 4, 19 GWB, 139 BGB nicht nichtig, für künftig abzuschließende Verträge kann die Kartellbehörde die Anwendung der Klauseln untersagen⁷³⁷⁾.

Die hier gewonnenen Ergebnisse gelten auch für die Anmeldung der Empfehlung der Konditionen der Teile B. Nach § 2 Abs. 3 Satz 2 GWB kann die Kartellbehörde einer Anmeldung widersprechen, wenn die Voraussetzungen des § 12 GWB gegeben sind⁷³⁸⁾. Auch hier liegt ein Mißbrauch vor, da die betreffenden Gremien einen Vorteil erlangen wollen, den die Erlaubnis nicht bezweckte⁷³⁹⁾.

6. Der Kontrahierungszwang des § 26 Abs. 2 GWB und die Verdingungsordnungen

Aus der Erkenntnis, daß die Nachfrage der öffentlichen Hand den Markt zu

beherrschen vermag, folgt weiter, daß sie auch der Vorschrift des § 26 Abs. 2 GWB unterfallen kann. Aus dem Diskriminierungsverbot kann sich ein Kontrahierungszwang ergeben, und die Rechtsprechung hatte schon verschiedentlich Gelegenheit, sich mit dieser Vorschrift zu befassen⁷⁴⁰). Dabei wurden gerade auch Unternehmen der öffentlichen Hand behandelt.

Der Kontrahierungszwang ist auch dem deutschen bürgerlichen Recht nicht fremd⁷⁴¹). § 26 Abs 2 GWB betrifft sowohl den Kontrahierungszwang als auch das Verbot der Anwendung ungleicher Geschäftsbedingungen. Infolge der Einführungserlasse über die Verdingungsordnungen dürfte die letzte Modalität für die öffentliche Hand wohl kaum in Frage kommen.

Diskriminiert können nach § 26 Abs. 2 nur Unternehmen sein. Hier entstehen keine Probleme, da die Auftragnehmer immer solche sind und § 26 Abs. 2 auch für die Lieferanten gilt⁷⁴²). Im Einzelfall muß ein Diskriminierter nachweisen, daß in dem Geschäftsverkehr, der in üblicher Weise jedem zugänglich ist, andere bevorzugt werden. Er muß weiter nachweisen, daß er ein gleichartiges Unternehmen wie der Bevorzugte betreibt. Die hier auftretenden Schwierigkeiten dürften in dem Verhältnis zwischen öffentlichem Auftraggeber und seinem Auftragnehmer nicht gegeben sein, da durch die Ausschreibung die in Frage kommenden Lieferanten bestimmt werden⁷⁴³). Die Beschreibung des Leistungsgegenstandes verhindert es nämlich, daß auch Unternehmen, die den Gegenstand nicht liefern oder herstellen können, als Bieter erscheinen.

Fraglich ist nun, wann eine sachlich ungerechtfertigte, unterschiedliche Behandlung gegeben ist, die den Kontrahierungszwang auslöst. Ausgangspunkt aller Überlegungen muß sein, daß auch für das marktbeherrschende Unternehmen die Vertragsfreiheit Grundsatz bleibt⁷⁴⁴). Der Fiskus als Nachfrager aber kann sich auf dieses Grundrecht nicht berufen, weshalb bei ihm sehr weitgehende Einschränkungen möglich sind⁷⁴⁵).

Der Grund für den Kontrahierungszwang besteht nun nicht mehr in einzelnen Vorschriften, wie für Bahn und Post, und nicht mehr in den wegen des Verschuldensnachweises schwer zu erfüllenden Voraussetzungen des § 826 BGB, sondern § 26 Abs. 2 GWB ist eine allgemeine gesetzliche Weisung an marktbeherrschende Unternehmen, auf der Marktgegensseite keine schädlichen Abweichungen von der grundsätzlich gleichen Wirtschaftslage herbeizuführen⁷⁴⁶). Vorhandene und als gegeben hingenommene Machtgebilde auf einer Marktseite sollen sich nicht auf die Gegenseite auswirken.

Das Fehlen eines sachlich gerechtfertigten Grundes bedeutet, daß objektive Gründe für die unterschiedliche Behandlung fehlen⁷⁴⁷). Fikentscher⁷⁴⁸) will auch auf die Wirkung beim Betroffenen abstellen und so zwischen den Interessen des Diskriminierenden und denen des Diskriminierten scheiden. Beide Gedankenführungen lassen sich aber nicht von einander trennen. Wenn man nämlich den sachlichen Grund beim Diskriminierenden sucht, muß man auch den Diskriminierten beachten, da er ja häufig durch sein Verhalten die Diskriminierung auslöst. So können Fachunkundigkeit, Kreditunwürdigkeit usw. zur Erschütterung der Vertrauensgrundlage führen und den Auftraggeber veranlassen, nicht mehr mit dem betreffenden Auftragnehmer zu kontrahieren. Nur

sachliche Gründe rechtfertigen es, daß der Fiskus als Nachfrager Unternehmen von der Ausschreibung oder dem Zuschlag ausschließt. Die sonst möglichen persönlichen Gründe gibt es für den Fiskus nicht⁷⁴⁹).

Die unternehmerischen Ziele der öffentlichen Hand ergeben sich aus ihrer Zentralstellung. Sachlich gerechtfertigt sind daher selbstverständlich die Bevorzugungen „normativ Begünstigter“. Wenn aber auch aus sonstigen sozialpolitischen Erwägungen einzelne Unternehmen bevorzugt werden, vgl. die Mittelstandsförderung, können sich die benachteiligten Unternehmen nicht auf § 26 Abs. 2 GWB berufen. Als Beispiel sei hier die Beschaffung des Bundesverteidigungsministeriums für Armeefahrzeuge angeführt. Es ist zwar zweifelhaft, ob das Ministerium hier marktbeherrschend war. Aber das soll einmal unterstellt werden⁷⁵⁰). Eine Firma hatte das Fahrzeug bereits fertig entwickelt. Die Auftragserteilung erfolgte aber an eine andere Firmengruppe, die unterbeschäftigt war und möglicherweise Entlassungen größeren Umfangs hätte durchführen müssen, obwohl diese Firmengruppe dem Ministerium noch keine fertigen Konstruktionen vorlegen konnte. Hätte sich die eine Firma nun auf § 26 Abs. 2 GWB berufen können, um den Auftrag zu erhalten? Das ist zu verneinen, da hier keine unsachlichen Gründe vorlagen. Der öffentliche Auftraggeber als Unternehmen muß vom Standpunkt seines Zieles aus entscheiden können, wohin er seinen Auftrag vergibt. Wenn die öffentliche Hand bei ihren Ausgaben Treuhänder der Allgemeinheit ist, muß sie auch die Möglichkeit haben, diese Treuhänderfunktion zu erfüllen. Der Allgemeinheit war daher wohl mehr gedient, Arbeitslosigkeit mit ihren finanziellen Belastungen der Allgemeinheit und vor allem ihren sozialpolitischen Gefahren zu vermeiden. Daher hatte das Bundesverteidigungsministerium einen sachlich gerechtfertigten Grund im Sinne des § 26 Abs. 2 GWB für sein Verhalten.

Wenn es ein Anliegen der Literatur war, das Beschaffungswesen der öffentlichen Hand der Kontrolle des Gleichheitssatzes zu unterstellen, so wird dieses Ziel für die marktbeherrschenden Unternehmen durch § 26 Abs. 2 GWB erreicht⁷⁵¹). Dieser Weg ist der einzige, der den tatsächlichen Gegebenheiten und der rechtlichen Lage entspricht.

Falls bei einem öffentlichen Auftraggeber die Voraussetzungen des § 26 Abs. 2 GWB vorliegen, kann der Benachteiligte aus dieser Vorschrift in Verbindung mit § 35 GWB einen Schadensersatzanspruch herleiten, der zum Inhalt den Abschluß eines Vertrages hat. In entsprechender Anwendung der Rechtsprechung zur Vertragstheorie nach § 465 BGB kann dabei die Klage auf Abschluß des Vertrages mit der Leistungsklage verbunden werden⁷⁵²). Nach § 35 GWB braucht für die Schadensersatzklage der öffentliche Auftraggeber nur fahrlässig zu handeln, während für den ebenfalls gegebenen Unterlassungsanspruch bereits die objektive Rechtswidrigkeit genügt⁷⁵³).

Für die Anwendung der Verdingungsordnungen ist der mögliche Kontrahierungszwang für die Unternehmen der öffentlichen Hand kein Hindernis. Durch die Verdingungsordnungen werden die Vergabebeamten angewiesen, den Zuschlag dem wirtschaftlichsten Angebot zu erteilen, VOL/A § 24, VOB/A § 25. Sowohl die VOL/A als auch VOB/A stellen objektive Kriterien auf, nach

denen sich die Vergabebehörden bei der Wertung der Angebote richten sollen.

Dem Gedanken des § 26 Abs. 2 GWB tragen die Verdingungsordnungen außerdem in § 5 VOL/A und § 4 VOB/A Rechnung, da dort für umfangreiche Aufträge die Vergabe nach Losen vorgesehen ist. Die VOL/A entspricht mehr den Anforderungen des GWB, da nach ihr die Vergabe nach Losen vorzunehmen „ist“, während die VOB/A nur eine Sollvorschrift enthält. Die in beiden Vorschriften genannten Voraussetzungen für eine Teilvergabe sind nach dem GWB unbedenklich. Wenn sie nicht vorliegen, braucht der öffentliche Auftraggeber keine Teillöse zu vergeben. Jedoch müssen marktbeherrschende Auftraggeber sich gemäß § 26 Abs. 2 GWB nun darum bemühen, möglichst weitgehend in Teillosen zu vergeben, wenn sie nicht mit Schadensersatzklagen der abgewiesenen Bieter rechnen wollen. Bei einer Neuformulierung der VOB/A wäre daher § 4 in eine Mußvorschrift zu verwandeln.

Die Nichtberücksichtigung der Bieter, die Preisabsprachen getroffen haben, VOL/A § 25 Abs. 5, VOB/A § 24, 1 d, ist mit § 26 Abs. 2 GWB deshalb vereinbar, weil der Vergabebehörde hier schutzwürdige Interessen zur Seite stehen. Sie will den Wettbewerb, um sich eine Marktübersicht zu verschaffen und das günstigste Angebot zu finden. Von dieser Vertrauensgrundlage geht sie aus, und diese wird durch das Verhalten der Anbieter erschüttert. Daher kann man dem Nachfrager nicht andererseits einen Kontrahierungszwang zu Gunsten dieser Anbieter aufbürden. Das bedeutet keinen Widerspruch dazu, daß nach Vertragsschluß der Nachfrager mißbräuchlich seine Marktstellung ausnutzt, wenn er sich nach Abschluß eines Vertrages aus diesem Grunde das Rücktrittsrecht vorbehält. Die Lage ist in beiden Fällen ganz verschieden. Nach Vertragsschluß sind bereits Leistungen erbracht, und es bedeutet für den Bieter einen wesentlich höheren Verlust, wenn nun der Auftraggeber vom Vertrag zurücktritt. Vor Vertragsschluß will er erst mit dem Auftraggeber abschließen. Außer den Vorkosten, die er immer aufwenden muß, erleidet er durch die Nichtberücksichtigung keine Einbuße. Der wesentliche Unterschied besteht aber darin, daß vor Vertragsschluß Ausschreibung und Preisabsprache in einem unmittelbaren Verhältnis zu einander stehen. Die Preisabsprache ist die Reaktion auf die Ausschreibung. Der Kontrahierungszwang § 26 Abs. 2 GWB ist ebenfalls eine vorvertragliche Weisung an den Ausschreibenden. Wenn das Gesetz diesen Verpflichtungsgrund für das marktbeherrschende Unternehmen schon unabhängig vom späteren Vertrag schafft, kann das marktbeherrschende Unternehmen auch andererseits von der Marktgegenseite erwarten, daß sie sich so verhält, wie es das Gesetz vorsieht. Das GWB bei seiner grundsätzlichen Ablehnung der Preiskartelle rechnet nämlich damit, daß auf der Gegenseite des marktbeherrschenden Unternehmens keine entsprechende Marktmacht vorhanden ist. Zum Ausgleich ist die Vorschrift des § 26 Abs. 2 GWB geschaffen, und der Gesetzgeber hat es abgelehnt, ein allgemeines Diskriminierungsverbot in das Gesetz aufzunehmen⁷⁵⁴). Nach Vertragsschluß besteht für den öffentlichen Auftraggeber kein Grund mehr, den Einzelvertrag zu lösen. Dadurch würde er in die Entschlußfreiheit des Auf-

tragnehmers weiter eingreifen, als es der Vertragszweck fordert. Wenn aber der öffentliche Auftraggeber vor Vertragsschluß, also vor dem Zuschlag, feststellt, daß er zwar marktbeherrschend ist, die Marktgegenseite aber nicht die Struktur aufweist, die nach dem Gesetz der Grund für die besondere Pflichteinstellung ist, kann er von den Angehörigen der Marktgegenseite, die die Marktstruktur entgegen dem Gesetz verändert haben, nicht mit dem Kontrahierungszwang belastet werden. Daher sind die entsprechenden Vorschriften der Verdingungsordnungen mit den Grundsätzen des GWB vereinbar.

V. Die Verdingungsordnungen als Wettbewerbsregeln

Die Verdingungsordnungen sind keine Wettbewerbsregeln im Sinne des § 28 GWB. Der RVA oder der DVA kann schon nicht als Wirtschafts- oder Berufsvereinigung angesehen werden. Zwar könnten sie trotzdem Wettbewerbsregeln aufstellen, diese unterfielen jedoch dann nicht den §§ 28 ff GWB ⁷⁵⁵).

Soweit die öffentlichen Auftraggeber die Anwendung vorschreiben, haben sie diese zwar für ihren Bereich „aufgestellt“. Wenn die öffentlichen Auftraggeber, besonders die Kommunen, auch Unternehmen und Unternehmenszusammenschlüsse im Sinne des GWB sein können, so sind sie doch keine Wirtschafts- und Berufsvereinigungen, denn hierunter sind nur auf freiwilliger Grundlage geschlossene Vereinigungen von Firmen eines Handelszweiges zum Schutze und Förderung ihrer gemeinschaftlichen Wirtschaftsbedingungen zu verstehen ⁷⁵⁶).

Aber auch die Unternehmen der Bauwirtschaft, die ihren Mitgliedern die Anwendung der VOB/A empfehlen, könnten diese nicht als Wettbewerbsregeln eintragen lassen. Zwar dienen die Vorschriften, besonders die Durchführung der Ausschreibung, der Lauterkeit im Wettbewerb. Wie oben nachgewiesen wurde ⁷⁵⁷), bedeuten sie aber in ihrer Gesamtheit eine Wettbewerbsbeschränkung, denn sie sollen auch von der Bauindustrie gesehen, „den Markt ordnen“ ⁷⁵⁸). Das Zusammentreffen der Anbieter und Nachfrager soll auf dem Markt nur in bestimmten Formen erfolgen. Es wird also die Marktstruktur als solche bereits beeinflußt.

Auch die VOB/B könnte nicht als Wettbewerbsregel eingetragen werden, denn durch die Wettbewerbsregeln wird das Verhältnis zu den Konkurrenten der eigenen Marktseite bestimmt ⁷⁵⁹).

Der Teil B ist aber gerade dazu bestimmt, Inhalt von Verträgen mit den Partnern der Marktgegenseite zu werden.

Daher sind die Verdingungsordnungen nicht als Wettbewerbsregeln im Sinne des § 28 GWB zu behandeln.

VI. Die Ausschreibung von Markenartikeln

Mit der Frage, ob nach § 16 GWB preisgebundene Markenwaren ausgeschrieben werden können, hat sich Ebisch ⁷⁶⁰) beschäftigt. Er kommt zu dem Ergebnis, daß die Ausschreibung zulässig sei. Dem ist nicht zu widersprechen. Seinen

weiteren Ausführungen aber, der Bieter könne die gebundenen Preise unterschreiten, da nach § 4 Abs. 4 VOPR 30/53 die Marktpreise unterschritten werden dürften, wenn die bei dem Auftrag vorliegenden Verhältnisse dieses kostenmäßig rechtfertigten –, außergewöhnliche Auftragsgröße –, muß widersprochen werden. Das Argument Ebischs, die Preisvorschriften gingen als zwingendes öffentliches Recht dem GWB vor, erscheint hier nicht stichhaltig. Zunächst einmal entsteht die wirksame Preisbindung erst durch Anmeldung beim Bundeskartellamt, so daß die Anmeldebedürftigkeit eine öffentlich rechtliche Ordnungsmaßnahme ist⁷⁶¹). Die wirksame Preisbindung entsteht also erst durch einen öffentlich rechtlichen Akt, so daß also ein Widerstreit zwischen den öffentlich-rechtlichen Preisvorschriften und dem insofern öffentlichen Wettbewerbsrecht nicht entsteht, da die Maßnahmen der Kartellbehörde dem öffentlichen Recht angehören⁷⁶²). Die Untersuchungen der Arbeit haben aber zu dem Ergebnis geführt, daß der öffentliche Auftraggeber nach dem GWB in allen Fällen wie der nichtöffentliche Auftraggeber zu behandeln ist, da er ein Unternehmen ist. Es bedeutet daher einen Verstoß gegen das GWB, wenn der öffentliche Auftraggeber für sich Sondervorteile verlangt, die ihm nicht zustehen⁷⁶³). Der Hinweis Ebischs auf den öffentlich-rechtlichen Charakter der Preisvorschriften wurde bereits mit dem Hinweis auf den öffentlich-rechtlichen Charakter der Preisbindung im GWB entkräftet. Weiter ist zu sagen, daß das GWB als das jüngere Gesetz den Preisvorschriften vorgeht. Da das Gesetz in § 98 GWB auch die öffentlichen Auftraggeber erfaßt, müssen die Vorschriften des GWB andere abweichende Vorschriften für die Wirtschaftstätigkeit der öffentlichen Hand außer Kraft setzen. Daher ist Ebisch nicht zu folgen⁷⁶⁴). Bei Ausschreibungen von preisgebundenen Markenartikeln dürfen die Bieter die Preise also nicht unterschreiten. Die Ausschreibung verliert aber dadurch nicht ihren Sinn, da die besondere Wirtschaftlichkeit des Angebotes über den Zuschlag entscheidet. Diese kann sich auch aus besonderen Zusagen über Kundendienst u. ä. ergeben.

Auch bei der Anwendung der Verdingungsordnungen ist also in jedem Fall das GWB zu beachten. Da jeder Nachfrager, der die Verdingungsordnungen gebraucht, ein Unternehmen im Sinn des GWB ist, muß er sein Marktverhalten nach den Regeln des GWB bestimmen.

Fußnotenverzeichnis

- ¹⁾ GG Art. 1, Rdn 138.
- ²⁾ VOL/A § 2 Ez 4 g.
- ³⁾ Müller-Henneberg im Gem.K. § 1, Rdn 3.
- ⁴⁾ Huber im Gem.K. § 98, Rdn 1.
- ⁵⁾ Deutscher Bundestag 3. Wahlperiode, Tätigkeitsberichte des BKA, erschienen 1959 und 1960.
- ⁶⁾ Rechtsgrundlagen BB 59, 385.
- ⁷⁾ vgl. Bericht S. 2/3.
- ⁸⁾ Bauverwaltung 1959, 473.
- ⁹⁾ Die Sicherung, WuW 59, 389.
- ¹⁰⁾ Bauverwaltung Nr. 5 Mai 1954, S. 170.
- ¹¹⁾ Nach dem Handbuch f. öffentl. Aufträge C 1 S. 14 und 15 sind es folgende Behörden:
 1. Bundesminister der Finanzen, Bundesminister für Verkehr, Bundesminister für das Post- und Fernmeldewesen
Finanz: IID - O 6102 - 90/53 -,
Verkehr: A 9/St B 7 - 4211 Vma/53,
Post- und Fernmeldewesen: TVh B 6011-1.
 2. Bundesminister für Verkehr
 - a) Bekanntgabe des gemeinsamen Erlasses (Ziff. 1)
Nr. A 9 Ha-1 - 4127 vom 28. 4. 1953
 - b) Runderlaß für die Behörden des Straßenbaues
Nr. 6 - 1953, StB 7-Rv-20 336 A 53 vom 27. 4. 1953
 - c) Runderlaß für die Wasser- und Schifffahrtsdirektionen W 9 - 401 - 96/53 vom 30. 4. 1953
 3. Bundesminister für das Post- und Fernmeldewesen
Erlaß IV h B 1 - 6011-1 - vom 2. 5. 1953
 4. Deutsche Bundesbahn, Hauptverwaltung
Verfügung 7862, Rvb 14 - vom 28. 2. 1953 - und DV 134
 5. Bundesminister für Wohnungsbau
Erlaß 2520-03/1/53 vom 12. 3. 1953
an die für das Bau-, Wohnungs- und Siedlungswesen zuständigen Minister (Senatoren) der Länder.
 6. Senat der Freien und Hansestadt Hamburg, Senatsbeschluß vom 24. 2. 1953
Einführung für alle Bauvergebenden Dienststellen und Eigenbetriebe der hamburgischen Verwaltung.
 7. Senator für Bau- und Wohnungswesen, Berlin
IV Dienstblatt des Senats von Berlin VI/1953 Nr. 7 vom 2. 3. 1953.
 8. Hessen: Der Minister des Innern, der Minister der Finanzen, der Minister für Arbeit, Wirtschaft und Verkehr, der Minister für Landwirtschaft und Forsten
Gemeinsamer Erlaß Va - 61 f 32 - Tgb.Nr. 1275/53 vom 9. 4. 1953.
 9. Der Hessische Minister der Finanzen - Staatsbauverwaltung - Erlaß O 6102 - B 1 - IV b 1 b vom 15. 5. 1953.
 10. Niedersachsen: Der Minister der Finanzen, der Minister des Innern, der Minister für Soziales, der Minister für Ernährung, Landwirtschaft und Forsten, der Minister für Wirtschaft und Verkehr vom 9. 3. 1954.
 11. Rheinland-Pfalz: Ministerium für Finanzen und Wiederaufbau - Hauptabteilung Bauwesen -
Erlaß V BR - 125/1305/53 vom 22. 5. 1953.
 12. Nordrhein-Westfalen:
 - a) Der Minister für Wiederaufbau
Erlaß vom 27. 4. 1953 - I B 2 - 3701-360/53 und vom 18. 7. 1953 - I C 5 - 3701-360/53
(an die Regierungspräsidenten).
 - b) Der Finanzminister
Erlaß Bau 6090 - 1860/53 III C vom 29. 4. 1954 (für die Oberfinanzdirektionen).
 13. Bremen: Der Senator für das Bauwesen
BA III - B/Wi vom 13. 8. 1953.

14. a) Bayerisches Staatsministerium der Finanzen
Erlaß vom 10. 6. 1953 — Nr. II 43 321 — III 6 —.
b) Bayerisches Staatsministerium des Innern, Oberste Baubehörde
Entschließung vom 21. 2. 1953 Nr. IV Z — 9102 b 41.
15. Schleswig-Holstein: Der Minister für Arbeit, Soziales und Vertriebene
Erlaß IX/33-72-02 vom 5. 5. 1953.
16. Deutscher Städtetag mit Rundschreiben D 219 v. 29. 1. 1953. Sämtliche Mitgliedstädte (136) haben die VOB eingeführt.
17. Deutscher Gemeindetag mit Rundschreiben Nr. D 306 vom 26. 1. 1953.
18. Deutscher Landkreistag, Rundschreiben 600-01/1 vom 26. 3. 1953.
19. Gesamtverband Gemeinnütziger Wohnungsunternehmen, Rundschreiben III Gr. vom 23. 1. 1953.

Auch müssen die Gemeinden nach § 44 Gem. HVO (vom 4. 9. 1937 RGBl. I S. 921) die VOB anwenden. Die Anwendung durch nichtöffentliche Auftraggeber, besonders Teil B, kann für die Arbeit außer Betracht bleiben (vgl. dazu: Köderitz, VOB Bauwirtschaft 1956, 1024 H).

- ¹²⁾ Daub-Meierrose VOL/A § 1 Ez 3 b.
- ¹³⁾ § 3 II der Richtlinien für die Berücksichtigung bevorzugter Bewerber bei der Vergabe öffentlicher Aufträge: BAnz. Nr. 68 7. 4. 54; Bekanntmachung über die Anerkennung notleidender Gebiete: BAnz. Nr. 68 7. 4. 54; Ergänzungen des Bundesministers für Verteidigung zur VOL, ABVA und EBVB vom 25. 6. 1955 zuletzt BAnz. 1958 Nr. 206; Bundesbahn und Bundespost haben zusätzliche Bedingungen zur VOL erlassen: ebenso das Bundesinnenministerium als Beschaffungsstelle für den Bundesgrenzschutz; im Bundesausschreibungsblatt erfolgen sowohl die Ausschreibungen nach der VOB als auch nach der VOL: Erlaß des Bundesfinanzministers (Schnellbrief) vom 14. 8. 1954 bei Daub, Richtlinien S. 62.
- ¹⁴⁾ Hereth-Naschold VOB A § 1 Ez 8; Daub-Meierrose VOL A § 1 Ez 2 f.
- ¹⁵⁾ Vgl. zu den Einzelheiten der VOPR 8/55 Hereth-Ludwig-Petzholdt § 1 A 1; auf die Unterschiede kommt es für die Arbeit nicht an.
- ¹⁶⁾ Erscheint bei Quelle und Meyer als Band 8 der Veröffentlichungen des Forschungsinstituts für Wirtschaftspolitik an der Universität Mainz.
- ¹⁷⁾ Vgl. dazu Band 217 der Reihe „Statistik der Bundesrepublik Deutschland“: Die Staatlichen Finanzen im Rechnungsjahr 1956, S. 26/27; und Band 216: Die Kommunalen Finanzen im Rechnungsjahr 1956, S. 26/27; Statist. Jahrbuch 1959 S. 366.
- ¹⁸⁾ Die Schwierigkeit der Ermittlung ergibt sich auch daraus, daß der Staatsverbrauch nicht die Investitionen umfaßt, sondern diese einheitlich für den privaten und staatlichen Bereich ausgewiesen werden vgl. Statist. Jahrbuch S. 481 und 488. Die Verwendung des Brutto-sozialprodukts kann also nicht zu einwandfreien Ergebnissen führen. Aus diesen Gründen möchte der Verfasser davon absehen, die mit Unterstützung des Statistischen Bundesamtes gewonnenen eigenen Ergebnisse wiederzugeben. Sie wurden für das Jahr 1956 aufgestellt und führten zu ähnlichen Ergebnissen wie die verwandten Zahlen.
- ¹⁹⁾ So auch Böttcher, Beschaffungswesen S. 70.
- ²⁰⁾ So auch Statist. Jahrbuch S. 319.
- ²¹⁾ Die Zahlenangaben sind dem Statist. Jahrbuch S. 488 entnommen, die Aufteilung der Investitionen beruhen auf eigener Schätzung.
- ²²⁾ Meierrose, Das GWB u. die BP, Post Arch. 1957, S. 925. Wesche im Gem.K. § 99, Rdn 6.
- ²³⁾ Schellberger im Gem.K. § 103, Rdn 4.
- ²⁴⁾ Im Gem.K. § 98, Rdn 3-6.
- ²⁵⁾ Schreiben des BWB vom 11. 2. 1955 II B 2 7020-45/55, Handbuch f. öff. Auftr. C 1 S. 17.
- ²⁶⁾ Huber im Gem.K. § 98, Rdn 2.
- ²⁷⁾ Tautscher, Öff. Wirtsch. S. 181; Schnettler Öff. Betriebe S. 27 ff; Herbe, Bes. Verantwortlichkeit; zur geschichtlichen Entwicklung Nöll von der Nahmer, Betätigung, Pr. Verw.-Bl. 1926, 499.
- ²⁸⁾ Hereth-Naschold, Teil A, § 21, Ez 4.
- ²⁹⁾ Weber, VOB u. BGB in NJW 58, 1710.
- ³⁰⁾ Elleringmann, Probleme S. 83 ff; Köderitz, Geschäftsbedingungen, S. 100 ff; Weber aaO. NJW 58, 1710.
- ³¹⁾ Weber aaO NJW 58, 1710.

- ³²⁾ Zusammenstellung bei Kirsch, Verdingungswesen, S. 6 ff.
- ³³⁾ Bergemann-Gorski, Verdingungskartell, S. 17.
- ³⁴⁾ v. Tuhr, Lehrbuch, II, S. 491, A 206.
- ³⁵⁾ Für die Anwendung des § 657 BGB Staudinger-Riedel, Vorbem. 8, zu § 657 BGB.
- ³⁶⁾ Köderitz, aaO, S. 13; Bergemann-Gorski aaO, S. 6 mit weiteren Nachweisen.
- ³⁷⁾ Köderitz, Diss. S. 46 ff.
- ³⁸⁾ Wie hier auch: Weber aaO NJW 58, 1710; Ziegler, Handwörterbuch der Betriebswirtschaft, 2. Band; Wilden, Handwörterbuch der Kommunalwissenschaft, 4. Band.
- ³⁹⁾ Vgl. Köderitz Diss. S. 17 ff; Kirsch Verding. S. 23 ff; Rösle im Handwörterbuch der Staatswissenschaften „Submissionswesen“ 7. Band und v. Brunn Hedemann Festschrift S. 43 ff. Danach gehen die Anfänge des Verdingungswesens in das Altertum zurück. Plutarch berichtet, daß auf diesem Weg die Ausführung von Tempel- und Wasserbauten und die Wiederherstellung der Mauern Athens an den Mindestfordernden übertragen wurde. In Deutschland soll die Submission erstmals beim Festungsbau von Ingolstadt 1542 verwandt worden sein.
- ⁴⁰⁾ Seine Mitglieder waren im Jahre 1952:
 1. Bundesministerium der Finanzen
 2. Bundesministerium für den Wohnungsbau
 3. Bundesministerium für das Post- und Fernmeldewesen
 4. Bundesministerium für Verkehr
 5. Deutsche Bundesbahn, Hauptverwaltung
 6. Bundesministerium für Wirtschaft
 7. Bundesministerium für Arbeit
 8. Bundesrechnungshof
 9. Arbeitsgemeinschaft der für das Bau-, Wohnungs- und Siedlungswesen zuständigen Minister der Länder der Bundesrepublik Deutschland und Berlin
 10. Niedersächsisches Ministerium der Finanzen, Hochbauverwaltung
 11. Ministerium für Wiederaufbau des Landes Nordrhein-Westfalen
 12. Ministerium für Arbeit, Soziales und Vertriebene des Landes Schleswig-Holstein
 13. Oberste Baubehörde im Bayer. Staatsministerium des Innern
 14. Ministerium für Finanzen und Wiederaufbau, Mainz
 15. Der Hessische Minister des Innern, Abt. V, Bau-, Wohnungs- und Siedlungswesen
 16. Ministerium für Arbeit, Landwirtschaft und Wirtschaft, Hauptabteilung Verkehr, Wiesbaden
 17. Baubehörde Hamburg
 18. Senator für das Bauwesen, Bremen
 19. Baden-Württemberg
 20. Senator für Bau- und Wohnungswesen, Abt. VI (Hoch), Berlin
 21. Staatsbauverwaltung der Ostzone
 22. Deutscher Städtetag
 23. Deutscher Städtebund
 24. Deutscher Landkreistag
 25. Deutscher Gemeindetag
 26. Deutscher Normenausschuß
 27. Fachnormenausschuß Bauwesen
 28. Deutscher Industrie- und Handelstag
 29. Hauptverband der Gemeinnützigen Wohnungsunternehmen
 30. Deutscher Architekten- und Ingenieurverband
 31. Bund Deutscher Architekten (BDA)
 32. Verein Beratender Ingenieure
 33. Arbeitsgemeinschaft der Bauberufsgenossenschaften
 34. Deutscher Betonverein, Wiesbaden
 35. Betonverein e. V., Berlin-Friedenau
 36. Deutscher Gewerkschaftsbund, Sekr. Technik
 37. Bundesverband der Deutschen Industrie, Abt. öffentl. Auftragswesen
 38. Hauptverband der Deutschen Bauindustrie

39. Vereinigung der Zentralfachverbände des Deutschen Handwerks
40. Zentralverband des Deutschen Baugewerbes
41. Arbeitsausschuß Ausbauhandwerk, vertreten durch Hauptverband des Deutschen Malerhandwerks
42. Fachgemeinschaft Bau von Groß-Berlin
- 43) DBT 2. Wahlper. Drucks. 1320.
- 44) Ebenso Drucks. 1397.
- 45) Eine andere Frage ist, ob bei einer Neufassung des BGB Vorschriften aus der VOB, die sich bewährt haben, übernommen werden sollen. Vgl. dazu Köderitz, Diss. S. 250; Staudinger-Riedel, Vorbem. 20 zu § 631 BGB.
- 46) DVA Schreiben Bau 06102 – 230/52 vom 2. 1. 1953.
- 47) Probleme S. 71.
- 48) Preisvorschriften, S. 111.
- 49) Abgedruckt bei Daub, Richtlinien S. 5.
- 50) Forsthoff, Lehrbuch § 7, 3 S. 127.
- 51) § 1 der VO über die Verkündung von Rechtsverordnungen vom 30. 1. 1950 RGBl. 1, S. 23.
- 52) So offenbar Vialon 46 A 6, der hier die Preisvorschriften aufführt.
- 53) Forsthoff, Lehrbuch § 7, 2 und 3; Wolff, Lehrbuch § 24 III.
- 54) Rechtsverordnung, Festgabe für Smend S. 211 ff. bes. 230.
- 55) Huber, Wirtschaftsverwaltungsrecht II, 306 und 323.
- 56) Wolff, Lehrbuch § 24 II b, S. 91; im Ergebnis Krüger auch ablehnend Bachof, Verwaltungsakt, Festschrift für Laforet, S. 293.
- 57) Vgl. dazu Kapitel 3.
- 58) Vom 13. 12. 1935, RGBl. I, 1451.
- 59) Vom 10. 4. 1948, WiGBI I, 27.
- 60) Für die Teile B, C und D siehe unten S. 9.
- 61) Statt aller: Forsthoff, Lehrbuch § 7 A 2.
- 62) Elleringmann, aaO, S. 74; Kirsch, aaO S. 85; Vorwort des Vorsitzenden des DVA bei Einführung der VOB bei Hereth-Naschold, S. 12.
- 63) Elleringmann, aaO S. 75.
- 64) OLG Celle 1 U. 115/54, 6041/54 abgedr. im Handb. für öffentliche Aufträge C 1, S. 23 ff; Daub-Meierrose, VOL Einf. EZ 20 BGH Bauverwaltung 57, 421 für die VOB/A.
- 65) Forsthoff, Lehrbuch, S. 7, 120 ff; BGH DOV 57, 863; Daub-Meierrose VOL Einf. EZ 21.
- 66) So aber Weber, aaO, NJW 58, 1710.
- 67) v. Brunn, Vertragsbedingungen, S. 20; Enn. Nipperdey, Lehrbuch, § 163 VI.
- 68) v. Brunn, aaO, S. 37.
- 69) v. Brunn, aaO, S. 50.
- 70) Raiser, Allg. Geschbed. S. 23; v. Brunn, aaO, bes. S. 35.
- 71) So auch allgemein v. Brunn, aaO, S. 49/50; im Gem.K. § 2, Rdn 7; Raiser, aaO, S. 31, 47; für die VOB Hereth-Ludwig-Naschold B 04; Köderitz Bauwirtsch. 1956, 1024; Die VOB wird zwar meistens in Individualverträgen angewandt, aber der Rationalisierung und Vereinfachung des Geschäftslebens dient auch sie; für die VOL Daub-Meierrose, aaO Einf. Ez. 22.
- 72) Normenverträge, Iherings Jb 73, 33 ff.
- 73) aaO S. 47.
- 74) aaO S. 59 ff.
- 75) aaO S. 81 ff.
- 76) Vgl. oben Anm. 18.
- 77) Wie Köderitz, Diss. S. 86 ff u. Bauwirtschaft aaO S. 1025 ff aus den Sitzungsprotokollen nachweist, hat der DVA zwar einmal daran gedacht, einen Normenvertrag zu schließen, diesen Gedanken aber wieder aufzugeben.
- 78) Auch für eine Vereinbarung als Rechtsquelle hatten die Mitglieder des DVA befugt sein müssen, Bindungserklärungen abzugeben. Ob es überhaupt diese Rechtsquelle gibt, vgl. Enn. Nipperdey § 35; v. Tuhr, Allg. Teil II, S. 237; Lehmann, Allgem. Teil, S. 18, 19 u. 190.
- 79) Im Vorwort des Vorsitzenden des DVA heißt es: „Die VOB ist die in gemeinsamer Arbeit der beteiligten Fachkreise geprägte allgemeine Auffassung, wie verfahren werden soll, und welche allgemeinen Vertragsbedingungen für den Bauvertrag gelten sollen“.

- ⁷⁸⁾ Vgl. zu dieser Art Vereinbarungen Haus, Vereinbarungen, S. 58/9.
- ⁷⁹⁾ Lehmann, Allgem. Teil, S. 12.
Über die Allgem. Geschäftsbed. in dieser Hinsicht vgl. Lehmann, allgem. Teil, S. 25/26; Enn. Nipperdey, § 163 VI; Erman-Hefermehl § 145 A 4; Staud. Coing, § 145 A 24; Raiser aaO, S. 60/61.
- ⁸⁰⁾ Deutsches Privatrecht I, S. 112 ff. bes. 119.
- ⁸¹⁾ Raiser, aaO, S. 62; v. Brunn, aaO, S. 77.
- ⁸²⁾ BVerfG E 1, 91 (94).
- ⁸³⁾ Vgl. RG DR 41, 1211, RGZ 170, 240, RGZ 171, 48; BGHZ 1, 83; 2, 183; 3, 200; 5, 111; 9, 1; 12, 136; 17, 2.
- ⁸⁴⁾ KG JZ 50, 606 m. Anm. Raiser.
- ⁸⁵⁾ In einer der letzten Entscheidungen, Urt. v. 29. 6. 59 BB 59, 927 ist das Wort daher auch in „ „ gesetzt.
- ⁸⁶⁾ Vgl. Bd. II Verhdl. d. 41 DJT E 43, Krause, AGB in BB 55, 266 und zuletzt Meeske BB 59, 858.
- ⁸⁷⁾ Vgl. die Kom. u. Lehrb. Anm. 51, sowie Fischer BB 57, 481.
- ⁸⁸⁾ BGH NJW 57, 17, Fischer BB 57, 481 (484); v. Brunn, aaO, S. 118.
- ⁸⁹⁾ BB 59, 860.
- ⁹⁰⁾ VGHE N. F. Band 5, 19 ff.
- ⁹¹⁾ Bachof, Verwaltungsrecht, S. 285 ff, S. 309.
- ⁹²⁾ Vgl. im einzelnen Kap. 3.
- ⁹³⁾ So für die Rechtsfolge allgemein Bachof, VeröffVerDStRL 12, 67.
- ⁹⁴⁾ RAnz Nr. 39.
- ⁹⁵⁾ BGHZ 9, 390.
- ⁹⁶⁾ Bartholomeyczik, Versorgungsentgelte, List-Festschr. S. 11.
- ⁹⁷⁾ Bartholomeyczik, aaO, S. 12.
- ⁹⁸⁾ BGBl I S. 697; 17. 10. 1952.
- ⁹⁹⁾ aaO S. 13.
- ¹⁰⁰⁾ Die fehlende erforderliche Verkündung soll außer acht bleiben; von ihr wurde aus urheberrechtlichen Gründen bewußt abgesehen; vgl. Erlaß des Bundesfinanzministeriums bei Daub, Richtlinien, S. 5/6.
- ¹⁰¹⁾ Kap. 3.
- ¹⁰²⁾ Bergemann-Gorski, aaO, S. 10 mit weit. Nachw.
- ¹⁰³⁾ Vgl. dazu Vialon, RHO § 50 A. 9.
- ¹⁰⁴⁾ Rasch, Baupreisrecht, WuW 59, 129; Köderitz, Diss. S. 36; Bergemann-Gorski, aaO, S. 15.
- ¹⁰⁵⁾ Ursachen; BB 59, 832.
- ¹⁰⁶⁾ 4. 9. 1937 RGBl. I, S. 921.
- ¹⁰⁷⁾ Hereth-Naschold § 25, Ez 87; zur Bedeutung des auskömmlichen Preises, Kirsch, aaO, S. 89 ff; Voss, Probleme, aaO, S. 108.
- ¹⁰⁸⁾ Arbeitskreis S. 39 ff; auch Wirz, Öffentlicher Auftrag, S. 65.
- ¹⁰⁹⁾ Vgl. dazu Spengler, Selbsthilfe, MA 56, 331 ff.
- ¹¹⁰⁾ Vgl. dazu Fikentscher, Preisunterbietung, BB 58, 201.
- ¹¹¹⁾ Crome, aaO, S. 835.
- ¹¹²⁾ Vgl. dazu Fikentscher, aaO, S. 836; Miksch, Wettbewerb, S. 122; Fricke, Kollektivmonopole, S. 69.
- ¹¹³⁾ Vgl. zur Kostenrechnung Hereth-Ludwig-Petzoldt, aaO, S. 55.
- ¹¹⁴⁾ Wirz, aaO, S. 67.
- ¹¹⁵⁾ Vgl. Bericht S. 46 ff.
- ¹¹⁶⁾ Bergemann-Gorski, aaO, S. 15.
- ¹¹⁷⁾ S. 16; vgl. aber auch Müller-Henneberg im Gem.K. Vorbem. 11 zu § 1.
- ¹¹⁸⁾ Im Gem.K. Vorbem. 11 zu § 1.
- ¹¹⁹⁾ Zum Begriff Bergemann-Gorski, aaO, S. 111 ff.
- ¹²⁰⁾ Vgl. dazu Müller-Henneberg aaO, § 1 Vorbem. 11.
- ¹²¹⁾ Vgl. dazu Crome, aaO BB 59, 832.
- ¹²²⁾ Bergemann-Gorski, aaO, S. 23.
- ¹²³⁾ Bergemann-Gorski, aaO, S. 12.
- ¹²⁴⁾ Teil II, Titel 20, §§ 1259–1264.

- ¹²⁵⁾ Diese Bestimmungen beruhen auf der Gleichbehandlung von Versteigerung und Verdingung, die lange Zeit bestand. Das pactum de non licitando beseitigt aber den Wettbewerb, während das Verdingungskartell ihn nur einschränkt. Bergemann-Gorski aaO S. 89.
- ¹²⁶⁾ VO vom 9. 5. 1934 RGBI I 376.
- ¹²⁷⁾ Vom 29. 3. 1935 RGBI I 488.
- ¹²⁸⁾ VO vom 23. 11. 1940 RGBI I 1573.
- ¹²⁹⁾ Vgl. § 355 II Entwurf, der aber nur die Verhinderung des Mitbietens bei einer Ausschreibung unter Strafe stellte.
- ¹³⁰⁾ RG JW 36, 916. Damit ging es weiter von der grundsätzlichen Zulässigkeit aus, RGZ 122, 263; JW 1913, 734 und nahm eine Sittenwidrigkeit nur im Einzelfall an, die den Vertrag nach § 138 zunichte mache. Nicht zuzustimmen ist allerdings der Rechtsprechung des LG Arnsberg JW 1927, 2085 mit Anm. Isay, daß eine Täuschung bereits beim Verschweigen der Teilnahme an einer Preisabsprache gegeben sei. Es besteht keine Rechtspflicht zur Offenbarung. Bergemann-Gorski, aaO, S. 97, Müller-Henneberg aaO, § 1 Vorbem. 11, 4. Solange nur die Verdingungsschäden ausgeglichen werden, verneinte er ebenfalls die Sittenwidrigkeit RG JW 1920, 431 mit Anm. Rosenthal. Diese Rechtsprechung hat sich in der Formulierung der VOL niedergeschlagen.
- ¹³¹⁾ Vgl. im einzelnen Bergemann-Gorski, aaO, S. 34–80, wo die Kartelle in ihrer Funktionsweise erläutert sind.
- ¹³²⁾ Vgl. dazu Fikentscher, Wettbewerbsbeschränkungen, bes. S. 173 ff.
- ¹³³⁾ Vgl. dazu Müller-Henneberg, Vorbem. 1 zu § 1 mit Literaturnachweisen und Lehnich-Fischer, KartellVO, S. 95 ff.
- ¹³⁴⁾ Vgl. dazu BGHSt 12, 148; NJW 59, 252.
- ¹³⁵⁾ Vgl. Müller-Henneberg aaO, § 1, 36; Schwieder im Gem.K. § 5, Rdn 35; Rasch, aaO, WuW 59, 130; BGH NJW 59, 1438 (hier 1441).
- ¹³⁶⁾ WuW E OLG 108 „Kirchderner Graben“.
- ¹³⁷⁾ Arbeitstagung der Kartellbehörden in Berlin 5./6. 11. 1958, WuW 58, 779.
- ¹³⁸⁾ Vgl. dazu Bergemann-Gorski, aaO, S. 178 ff.
- ¹³⁹⁾ Zur „Rule of reason“ im deutschen GWB Müller-Henneberg § 1, Rdn 25; allgemein Borchardt-Fikentscher, Wettbew. S. 39 ff; Schwenck, Rule of Reason WuW 57, 339.
- ¹⁴⁰⁾ Schwieder im Gem.K. § 5, Rdn 36; Langen § 5 III, 1; Rasch 5, 9.
- ¹⁴¹⁾ Vgl. dazu Fricke, Kollektivmonopole, S. 74; Miksch, Wettbew. S. 57.
- ¹⁴²⁾ Strickrodt, Lieferverträge, WuW 57, 76; Ballerstedt, Kartellvertrag, JZ 56, 267.
- ¹⁴³⁾ Vgl. dazu Nachweise bei Flume, Preisabsprache, WuW 56, 457; Strickrodt, aaO; Ballerstedt, aaO; Fikentscher, Horizontale Wettbewerbsbeschränkung, BB 56, 794.
- ¹⁴⁴⁾ NJW 56, 68 = WuW E BGH 148.
- ¹⁴⁵⁾ Strickrodt, aaO, 82.
- ¹⁴⁶⁾ So auch Strickrodt, aaO, 75; Flume, aaO, 459; Günther in Anm. z. Urt. WuW 56, 67 sowie die Kommentare vgl. statt aller v. Brunn im Gem.K. Anh. nach § 2, 3; Frankf. Kom. § 1 A 2.
- ¹⁴⁷⁾ Die Ansicht von Müller, JZ 54, 720, der eine Naturalobligation annimmt, findet im Gesetz keine Stütze.
- ¹⁴⁸⁾ NJW 56, 1201 A. Deringer NJW 56, 1714.
- ¹⁴⁹⁾ Vgl. die in A. 146 Genannten, weiter Friedländer, aaO, JZ 57, 650.
- ¹⁵⁰⁾ Der bei Strickrodt, aaO, 83 angedeutete Weg der „Drittwirkung“ scheitert daran, daß das GWB, auch wenn es auf Art. 2 GG beruhen mag, kein Grundrecht – auch nicht das der Wirtschaft – enthält, und die Drittwirkung als solche bereits im GG abgelehnt wird.
- ¹⁵¹⁾ Frankf. Kom. 1 A. 68; Schwenck, Wechselwirkung, WuW 58, 326 ff unter bes. Berücksichtigung des amerikanischen Rechts.
- ¹⁵²⁾ Im einzelnen Erman-Westermann § 123 A 2 BGB.
- ¹⁵³⁾ Von Brunn, Gem.K. Anh. § 2, 3; Benisch Gem.K. § 35, Rdn 3; Fikentscher, Horizontale Wettbewerbsbeschränkung, BB 56, 795.
- ¹⁵⁴⁾ LG Arnsberg, JW 27, 2085.
- ¹⁵⁵⁾ Enneccerus-Nipperdey, Allgem. Teil § 168 II 1 c.
- ¹⁵⁶⁾ Erman-Westermann § 119, A. 13 BGB.
- ¹⁵⁷⁾ Benisch im Gem.K. § 35 Rdn, 13 und Schles.Holst. Landtag 5. 3. 58, S. 3579.
- ¹⁵⁸⁾ Dazu von Brunn im Gem.K. Anh. § 2, 3.

- ^{150a)} Begründung: Leo, Schutzvorschrift, WuW 59, 485.
- ¹⁶⁰⁾ Erman-Drees § 823 A 12a; Benisch im Gem.K. § 35, Rdn 2.
- ¹⁶¹⁾ Erman-Drees § 823 A. 12a mit weit. Nachw.
- ¹⁶²⁾ Mißverständlich daher Flume, WuW 56, 457, hier 465, wenn er sagt, die Dekartellisierungs-gesetze seien nach h. M. Schutzgesetze. Der Streit geht um den Umfang. Einige Vorschriften sind es unstreitig.
- ¹⁶³⁾ In WuW 53, 103 ff. hat er die Frage im Gegensatz zur Vorinstanz, OLG Düsseldorf WuW 52, 535 nicht berührt.
- ¹⁶⁴⁾ WuW 54, 450, hier 454, = BGHZ 13, 33.
- ¹⁶⁵⁾ NJW 58, 1868, NJW 59, 880 mit Ablehnung durch Gleiss-Kracht, NJW 59, 971.
- ¹⁶⁶⁾ Freiheit, WuW 53, 721, 728.
- ¹⁶⁷⁾ Kartellverbot, JZ 56, 271.
- ¹⁶⁸⁾ WuW E BGH 68.
- ¹⁶⁹⁾ aaO WuW 56, 457, hier 467.
- ¹⁷⁰⁾ Gegen die Konstruktion Flumes auch Benisch im Gem.K. § 35, Rdn 3.
- ¹⁷¹⁾ So wohl die richtigere Auffassung vgl. unten S. 68.
- ¹⁷²⁾ Strickrodt, aaO WuW 57, hier 89; Leo, aaO WuW 59, 490; allgem. BGH NJW 56, 217.
- ¹⁷³⁾ Wie hier Benisch im Gem.K. § 35, Rdn 3; Strickrodt, aaO WuW 57, 75; Leo, aaO WuW 59, 490; a. A. Fikentscher, aaO BB 56, 795.
- ¹⁷⁴⁾ NJW 56, 1201.
- ¹⁷⁵⁾ Strickrodt, aaO WuW 57, 90; Benisch im Gem.K. § 35, 4 u. 5.
- ¹⁷⁶⁾ LG Hildesheim WuW EAGLG 77.
- ¹⁷⁷⁾ Strickrodt, aaO WuW 57, 91.
- ¹⁷⁸⁾ Vgl. Flume, aaO WuW 56, 464; Benisch im Gem.K. § 35, Rdn 8.
- ¹⁷⁹⁾ Vgl. dazu Spohn, Fin.Arch. 1950, 300: Das öffentliche Unternehmen ist ein Widerspruch in sich, da es kein Risiko zu tragen hat.
- ¹⁸⁰⁾ Erman-Drees § 823 A. 12; Leo, aaO WuW 59, 490.
- ¹⁸¹⁾ Jeschek, Wirtschaftsstrafrecht, JZ 59, 459; Leo, aaO WuW 59, 492.
- ¹⁸²⁾ WuW EBGH 281, 285 mit Besonderheiten für das Übergangsrecht, grundsätzlich aber wie hier; WuW EBGH 269; WuW EOLG (Schleswig) 235, 237, 239.
- ¹⁸³⁾ Auch die Preisbehörden leiten beim Fordern überhöhter Preise gegen die Scheinbieter Strafverfahren ein, vgl. dazu und der Problematik der Scheinangebote, Dipper, BB 59, 835.
- ¹⁸⁴⁾ BGH NJW 59, 2213.
- ¹⁸⁵⁾ Hereth-Ludwig-Naschold B 05; Weber, aaO NJW 78, 1710.
- ¹⁸⁶⁾ Hereth-Naschold A § 9, 127; Daub-Meierrose VOL/B Einf Ez 5a.
- ¹⁸⁷⁾ Vgl. dazu unten 6. Kapitel.
- ¹⁸⁸⁾ 3b zu § 1.
- ¹⁸⁹⁾ Vgl. dazu LA Berlin WuW ELGAG 118; Müller-Henneberg im Gem.K. § 1, Rdn 44, der das schon aus dem Merkmal geschäftlicher Verkehr schließt.
- ¹⁹⁰⁾ Vom 19. 10. 1956 BGBl I, 915.
- ¹⁹¹⁾ Vom 18. 12. 1953 B.Anz. Nr. 244.
- ¹⁹²⁾ Vom 19. 12. 1955 B.Anz. Nr. 249.
- ¹⁹³⁾ Pribilla, Preisrecht II S. 3.
- ¹⁹⁴⁾ Zum Problem der Preisbildung grundsätzlich: Diederich: Kostenpreis bei öffentlichen Aufträgen; zur juristischen Natur des Preisrechts, das nicht subjektiv Gerechtigkeit schaffen will, sondern in der Form des Gesetzes vollzogene Preispolitik ist, Geipel, Preisrecht, bes. S. 111 ff.
- ¹⁹⁵⁾ Die Preisvorschriften sind vom BVerfG entgegen der Ansicht des BVerwG für gültig erklärt worden, da die Ermächtigungsnorm des § 2 Preisgesetz ausreiche, BVerfG NJW 59, 475, BVerwG WuW 57, 403.
- ¹⁹⁶⁾ Kritik, Forsthoff, Stellung, Bauw. 1959, 659, 661.
- ¹⁹⁷⁾ BGHZ 14, 222 = NJW 54, 1486.
- ¹⁹⁸⁾ BVerwG E 5, 325 ff = NJW 58, 394.
- ¹⁹⁹⁾ Stern, Urteilsanm. NJW 58, 683.
- ²⁰⁰⁾ NJW 59, 115.
- ²⁰¹⁾ BVFG vom 14. 8. 1957 BGBl. I, 1215; BEG vom 29. 6. 1956 BGBl. I, 559.

- ²⁹²⁾ Vom 27. 6. 1956 BGBl. I, 523.
- ²⁹³⁾ Sozialer Rechtsstaat, Veröff. VerDStRL 12, 37 ff. u. DÖV 53, 417 ff, bes. 423 Anm. 14.
- ²⁹⁴⁾ Ver. DStRL aaO S. 64 ff.
- ²⁹⁵⁾ Ähnlich Krumming, öffentl. Darlehn, S. 71.
- ²⁹⁶⁾ Rechtsst. des Bauunternehmers, Bauwirtschaft 1959, S. 659 ff.
- ²⁹⁷⁾ Bes. S. 663.
- ²⁹⁸⁾ Preisrecht, S. 52 ff.
- ²⁹⁹⁾ Höchststrichterliche Rechtsprechung, Verw.Arch. 49, 279 ff.
- ³⁰⁰⁾ Unterscheidung, AOR 76, 205 ff.
- ³⁰¹⁾ Lehrbuch § 22 IIc.
- ³⁰²⁾ Wolff, Lehrbuch § 22, IIc.
- ³⁰³⁾ Vgl. für die VOB die Nachweise bei Köderitz, Diss. S. 46 ff über die Anwendung im nicht-öffentlichen Bereich. Eine unabhängige Frage ist, ob das Wort „Verdingung“ nur für die Vergabe öffentlicher oder auch privater Aufträge verwandt werden soll, siehe dazu oben S. 11.
- ³⁰⁴⁾ O. Mayer, Verw.Recht I, S. 1; Fleiner, Institutionen, S. 7/8; Forsthoff, Lehrbuch, S. 2 statt aller
- ³⁰⁵⁾ Staatslehre Band 2, 57, die auf praktische Verwirklichung der Staatsaufgaben gerichtete Tätigkeit.
- ³⁰⁶⁾ VeröffVerDStRL 14, 132, Leitsatz 8, Verwirklichung der Verwaltungszwecke für den konkreten Fall im Sinne einer Sozialgestaltung nach der Rechtsordnung.
- ³⁰⁷⁾ VeröffVerDStRL 14, 172, Leitsatz 4: handelnde Staatsfunktion, die aus eigener Initiative das soziale Leben im Rahmen der Gesetze und auf dem Boden des Rechts schöpferisch gestaltet.
- ³⁰⁸⁾ Lehrbuch, § 2 II 5c, S. 11; öffentl. Verw. im materiellen Sinn ist die mannigfaltige, zweckbestimmte, nur teilplanende, selbstbeteiligt durchführende und gestaltende Wahrnehmung der Angelegenheiten des Gemeinwesens und der Mitglieder als solcher durch die dafür bestellten Organe.
- ³⁰⁹⁾ Vgl. statt aller Forsthoff, Lehrbuch, S. 2; Maunz, Rechtsprobleme, S. 5.
- ³¹⁰⁾ Forsthoff, aaO, § 11, 1; Mayer, aaO, S. 95; Fleiner, aaO, S. 48/49; Jellinek, Verw.Recht, S. 220/224; Huber, Wirtschaftsverw.Recht I S. 51, 53, 56.
- ³¹¹⁾ VeröffVerDStRL aaO S. 55.
- ³¹²⁾ Wie 34) S. 118.
- ³¹³⁾ aaO S. 48/49 u. 175.
- ³¹⁴⁾ Lehrbuch, § 19 Vorbem.
- ³¹⁵⁾ Band 2 S. 293.
- ³¹⁶⁾ aaO S. 321.
- ³¹⁷⁾ aaO S. 21 u. 505.
- ³¹⁸⁾ Maunz, Rechtsprobleme, S. 8.
- ³¹⁹⁾ Lehrbuch, § 23 I, 4b.
- ³²⁰⁾ Wirtschaftsverwaltungsrecht I, 53.
- ³²¹⁾ Privatrecht und öffentliches Recht, S. 147.
- ³²²⁾ Vgl. dazu im einzelnen Molitor, über öffentl. Recht; Schöne, aaO.
- ³²³⁾ Rechtsphilosophie, S. 224.
- ³²⁴⁾ Schöne, aaO, S. 58; Bachof, aaO, S. 65.
- ³²⁵⁾ Hueck, Gleichheit, S. 4; Wahl, öffentliches Recht, SJZ 46, 27.
- ³²⁶⁾ Molitor, aaO, S. 23; Köttgen, Bespr. Molitor, AcP 151, 167 ff.
- ³²⁷⁾ Unberücksichtigt bleiben die Versuche Gierkes, Dt. Privatrecht I, 21 ff, der eine Dreiteilung des Rechts annimmt, wobei er die von ihm gebildete Gruppe des Sozialrechts aber auch wieder einer der beiden Gruppen unterordnen will. Ebenso wird die monistische Theorie Kelsens nicht erörtert, die, wie heute die bolschewistische Lehre, jeden Unterschied bestreitet; im einzelnen Schöne, aaO, S. 112 ff.
- ³²⁸⁾ Molitor, aaO, S. 23.
- ³²⁹⁾ Köttgen, aaO, S. 169.
- ³³⁰⁾ Begründung zum Entwurf BTDrucks. 462 2. Wahlper. S. 31.
- ³³¹⁾ So auch Siebert, Privatrecht im Bereich, Niedermeyer-Festschr. S. 215 ff, 217.

- ²¹²⁾ Otto Mayer II, 349; Fleiner, aaO, S. 49 u. 180; Forsthoff, aaO, § 6; Lehmann, Allgem. Teil, S. 16; Enneccerus-Nipperdey, Allgem. Teil, § 140; RGZ 167, 284; BGH DÖV 58, 861.
- ²¹³⁾ Molitor, aaO, S. 33; Schöne, aaO, S. 64.
- ²¹⁴⁾ Vgl. dazu zuletzt Stern, Vertrag, Verw.Arch. 49, 107.
- ²¹⁵⁾ VeröffVerDStRL 12, 37 ff.
- ²¹⁶⁾ So auch Forsthoff für den Benutzungszwang; die Koordination muß eine rechtliche sein; die faktische Überlegenheit der Monopolstellung ist irrelevant; Lehrbuch, § 21 II.
- ²¹⁷⁾ Sozialmodell, bes. S. 20.
- ²¹⁸⁾ V. Hippel, Sinnwandel, B. 61.
- ²¹⁹⁾ Esser, Schuldrecht, Vorwort der 1. Aufl. S. VII
- ²²⁰⁾ Typisierte Zivilrechtsordnung.
- ²²¹⁾ Statt aller Larens, Sozialtypisches Verhalten NJW 56, 1897 bes. 1900.
- ²²²⁾ Faktische Vertragsverhältnisse, S. 463 ff, bes. 511.
- ²²³⁾ aaO S. 527.
- ²²⁴⁾ Lehmann, Fakt-Vertr. NJW 58, 1 ff.
- ²²⁵⁾ Vertragsfreiheit heute, JZ 58, 1 ff. bes. S. 6.
- ²²⁶⁾ Allgem. Geschäftsbed., BB 55, 265 ff.
- ²²⁷⁾ Krause, Unternehmen, S. 27.
- ²²⁸⁾ Günther, Kartellgesetz, WuW 57, 677, 681.
- ²²⁹⁾ Dazu Voß, Probleme, S. 101.
- ²³⁰⁾ Rechtsprobleme, bes. S. 10 ff.
- ²³¹⁾ Maunz-Dürig, Art. 1, Rdn 53 und 54.
- ²³²⁾ Maunz, aaO, S. 14.
- ²³³⁾ aaO. S. 184.
- ²³⁴⁾ BGHZ 14, 222.
- ²³⁵⁾ Menger, aaO, Verw.Arch. 49, 274.
- ²³⁶⁾ aaO AOR S. 205.
- ²³⁷⁾ Vgl. oben S. 23 Anm. 209.
- ²³⁸⁾ Von Turegg, Lehrbuch, S. 36; Schöne, aaO, S. 74.
- ²³⁹⁾ Lehrbuch, S. 36.
- ²⁴⁰⁾ Voigt, Wettbewerb, S. 38.
- ²⁴¹⁾ Forsthoff, Lehrbuch, S. 98 und 322.
- ²⁴²⁾ Vgl. auch Lehmann, aaO, S. 42. Auch das Reichsgericht stellt zur Begründung hoheitlichen Handelns nebenbei auf das Gemeinwohl ab, RGZ 148, 101; 144, 224, 230.
- ²⁴³⁾ Wolff, Lehrb., § 3, IIIa, IVb.
- ²⁴⁴⁾ Dazu Ipsen, Subventionierung, S. 7.
- ²⁴⁵⁾ Daß öffentliches Recht zwingendes Recht ist, ist ein seit dem römischen Recht anerkannter Grundsatz; Molitor, aaO, S. 8 und 24.
- ²⁴⁶⁾ Ob sie die Vertragsfreiheit insgesamt einschränken, so Altmann, Baumarkt 1959 S. 121, oder nur die Vertragsfreiheit bezüglich der Überpreise, so Hereth-Lehning-Petzoldt, aaO, § 19 A. 5 kann dahingestellt bleiben.
- ²⁴⁷⁾ aaO S. 113 ff.
- ²⁴⁸⁾ aaO S. 90 ff.
- ²⁴⁹⁾ vgl. dazu IV. Kapitel der Arbeit.
- ²⁵⁰⁾ Vgl. unten S. 52.
- ²⁵¹⁾ Grundsätzlich zur Gesetzesanalogie, Bartholomeyczik, Kunst, S. 81 ff.
- ²⁵²⁾ Hereth-Ludwig-Naschold § 2 A. 27.
- ²⁵³⁾ BAnz. Nr. 68 vom 7. 4. 1954.
- ²⁵⁴⁾ BAnz. Nr. 68 vom 7. 4. 1954.
- ²⁵⁵⁾ BAnz Nr. 199 1957.
- ²⁵⁶⁾ Gesetz vom 5. 10. 1957 Bundesges.Bl. I, 1687, Richtlinien vom 29. 10. 1958 BAnz Nr. 215 1958.
- ²⁵⁷⁾ Vgl. Textausgabe VOL Anm. S. 107.
- ²⁵⁸⁾ BVerwG E 5, 325.
- ²⁵⁹⁾ Subventionierung, S. 71 ff.
- ²⁶⁰⁾ Ipsen, aaO, S. 5 mit Verweis auf nationalökonom. Lit.
- ²⁶¹⁾ Besonders Ipsen, aaO, und Krumming, aaO, S. 70 ff.

- 292) Vgl. oben S. 23.
- 293) In der zustimmenden Urteilsanmerkung NJW 59, 115.
- 294) Vgl. dazu 4. Kapitel der Arbeit, S. 38 ff.
- 295) Topik, bes. S. 53 ff.
- 296) BTDrucks. 1229, 3. Wahlp. 28. 7. 1959.
- 297) Auch die Staatsrechtslehrer haben bei ihrer Erörterung der Interventionen die Auftragsvergabe nicht erwähnt, Band 11 der VeröffVerDStRL.
- 298) Vgl. dazu Böhmer, Grundlagen I, S. 181 ff; Forsthoff, Lehrb. S. 97 ff; Apelt, Vertrag, S. 127.
- 299) Kruming, aaO, S. 60.
- 300) aaO Niedermeyer Festschr. S. 220/221; folgend Dürig aaO, S. 158 Naviasky-Festschr.
- 301) Forsthoff, Lehrb., § 19.
- 302) Ipsen, Öffentl. Mittel, DVBl 56, 466.
- 303) Wolff, Lehrb., § 23 I 3; übereinstimmend Huber, Wirtschaftsverwaltungsrecht I, S. 54.
- 304) Georg Jellinek, Staatslehre, S. 185.
- 305) Fiskalgeltung, DÖV 57, 879.
- 306) Statt aller Maunz-Dürig, Art. 1, Rdn 135; Torz, privatwirtsch. Betätig., DÖV 58, 209; Versuch einer Änderung bei Clasen, Das Rechtsverhältnis, DÖV 59, 289.
- 307) Maunz-Dürig, Art. 1, Rdn 134.
- 308) Dürig, Naviasky-Festschr. aaO S. 158 ff; Maunz-Dürig Art. 1, Rdn 135.
- 309) Torz, aaO, DÖV 58, 209.
- 310) Wirtschaftsverfassungsrecht, bes. S. 67.
- 311) Carl Schmitt, Verfassungslehre, S. 131.
- 312) Maunz-Dürig, Art. 19 III, Rdn 42.
- 313) Maunz-Dürig, Art. 19 III, Rdn 43, 46, 48; Art. 1, 53 u. 54.
- 314) So auch Maunz-Dürig, Art. 2, Rdn 44; Huber, Wirtschaftsverf., DÖV 56, 137, 172, bes. 200; Hamann, aaO; Scheuner, Interventionen, VeröffVerDStRL 11, 16.
- 315) Vgl. dazu 4. Kapitel der Arbeit, S. 38 ff.
- 316) Erman-Drees § 839, A. 1 b u. c; RGZ 155, 257, bes. 268, 273.
- 317) Einerseits RGZ 125, 108; BGHZ 14, 294; andererseits RGZ 170, 40, 42; BGHZ 5, 82.
- 318) Im einzelnen dazu Baumbach-Hefermehl, allg. 95–100; BGH NJW 57, 1605.
- 319) BVerfGE 6, 54, 50.
- 320) Wolff, Lehrbuch, § 23a I mit weit. Hinw.
- 321) Bericht zu § 75 des Entwurfs.
- 322) Rittner, Ausschließlichkeitsbindungen, Betrieb 1957, 1092.
- 323) Infolge der anderen Anknüpfung im Dekartellisierungsgesetz ist es dort unbestritten gewesen, daß auch öffentl.-rechtl. Körperschaften ihm unterfielen; Dörinkel, Kartelle auf der Käuferseite, BB 51, 103.
- 324) Ballerstedt, Unternehmen, JZ 51, 487.
- 325) Ballerstedt, aaO, S. 487, Giesecke, Bedeutung, Heymann-Festschr. II S. 105 ff.; Müller-Henneberg im Gem.K. § 1, Rdn 2; Begründung C zu § 1, 13.
- 326) Stumpp, Gestaltswandel, S. 3 mit weit. Lit.
- 327) Volkswirtschaftslehre, S. 58
- 328) Giesecke, aaO, Heymann-Festschr. S. 122; Liefmann, Unternehmensformen, S. 13.
- 329) Giesecke, aaO, Heymann-Festschr. S. 119; Brecher, Unternehmen, S. 8.
- 330) Engisch, Denken, S. 27.
- 331) Müller-Henneberg, Einführung im Gem. K. S. 47 ff; Friedmann Anti-Monopoly Law, Festschr. f. Rabel S. 453 „There are indeed few Fields in Which collaboration between Lawyers and economists is as indispensable as that of the anti-monopoly law. Modern jurisprudence has overwhelmingly abandoned the purely analytical approach. It strives to link legal science at one end with its ethical, political, economic and other non legal foundations, at the other end with the function of law in the community“.
- 332) Vgl. zur Beschreibung dieses Vorgangs Esser, Grundsatz, bes. S. 39 ff und Seite 53.
- 333) Vgl. dazu Carell, aaO, S. 2 ff.
- 334) Eucken, Grundlagen, S. 78 ff; Brugger, § 1 GWB, WuW 59, 467.
- 335) Stumpp, aaO, S. 38 mit weit. Lit.
- 336) Unternehmen, S. 28.

- 337) Unternehmen, JZ 53, 713, 716.
- 338) Stumpp, aaO, S. 55; vgl. auch die Umschreibung Hubers für das Unternehmen, Wirtschaftsverwaltungsrecht I, 471; „organisierte Einheit, in der Träger und Leiter des Unternehmens in der Regel gemeinsam mit einer Vielzahl abhängiger Kräfte tätig sind, um . . . bestimmten Wirtschaftszwecken zu dienen“.
- 339) aaO S. 121.
- 340) So auch zur Bedeutung des Unternehmertums in der Marktwirtschaft, Günther, WuW 58, 379.
- 341) OLG Frankfurt, WuW OLG 245, 247: Akt der Vermögensverw.-Geschäftsbetrieb zur Abgrenzung von dem Wettbewerbsrecht unterfallendem Tun.
- 342) Von der Rechtsprechung anerkannt, zuletzt BGH NJW 59, 479, Anm. Lehmann NJW 59, 670; Enn-Lehmann § 234, I 1, b; bes. Betonung des Persönlichkeitsrechts bei Hubmann, Recht am Unternehmen, ZHR 117, 41 ff, 73; für die Dogmatik aber noch ungeklärt, ob Entfaltung der Persönlichkeit in der Form der Erwerbstätigkeit oder ob Vermögenswert im Vordergrund des Schutzzweckes steht.
- 343) Vgl. Enn. Nipperdey, Lehrb., § 133, die Summe von Rechten und tatsächlichen Beziehungen, die durch ein Rechtssubjekt allein oder mit seinen Mitarbeitern zu einer objektiven Einheit zusammengehalten wird.
- 344) Hefermehl, Anwendungsbereich, Nipperdey-Festschr. S. 283, 285 Anm. 2.
- 345) Daß der Unternehmensbegriff nicht einmal im Wettbewerbsrecht einheitlich zu verwenden ist, weist Fikentscher, Wettbewerbsrecht, S. 232 ff nach.
- 346) Statt aller Schlegelberger – Hildebrandt, HGB, § 22, A. 1–3.
- 347) Im einzelnen Friedlaender, Konzernr., § 7 und § 19.
- 348) Grundsätze, S. 172 ff.
- 349) Im einzelnen Schnettler, Betriebe, S. 16 und 17.
- 350) Im einzelnen Schnettler, Betriebe, S. 17 und 18.
- 351) Vom 11. 10. 1952 BGBl I, 681.
- 352) Arbeitsrecht, I § 16, S. 84.
- 353) Steuerrecht, Bühler, 2. Aufl., I § 14 mit Beispielen.
- 354) Vom 1. 9. 1951 BGBl I, 796.
- 355) Plückebaum-Malitzky, § 1–3 UStG Rdn. 402; Bühler, aaO, II, § 31.
- 356) Plückebaum-Malitzky, aaO, Rdn. 434–545.
- 357) Plückebaum-Malitzky, Vorbem. I 1 und 5.
- 358) BVerfGE 6, 32, 38 zur „verfassungsmäßigen Ordnung“.
- 359) Bartholomeyczik, Kunst, S. 47.
- 360) aaO Heymann-Festschr., S. 120 ff.
- 361) aaO S. 124.
- 362) Unter 3c zu § 1 der Begründung zum Regierungsentwurf.
- 363) Beschl. der Einspr. Abt. v. 9. 5. 1959 WuW BKartA 50/51 für vereidigte Buchprüfer.
- 364) So aber Mayer-Wegelin, GWB § 1, Rdn 2.
- 365) Im Gem. K. § 1, Rdn. 2.
- 366) Zum funktionalen Wettbewerbsbegriff, Strickrodt, Bestimmung, S. 8.
- 367) aaO II, 168.
- 368) Lehrbuch, § 24, 2.
- 369) aaO S. 3 ff.
- 370) aaO S. 20, 26, 27.
- 371) Öffentl. Hand, bes. S. 15 ff.
- 372) Ökonom. Charakter, FinArch 1950, 300.
- 373) Volkswirtschaftslehre, S. 124.
- 374) Vgl. oben S. 39.
- 375) Statt aller Bartholomeyczik, im Gem. K. § 22, Rdn 17; Müller-Henneberg, im Gem. K. § 1, Rdn 21; Lehnich, Wettbew.Beschr. S. 389.
- 376) Vom 2. 11. 1923, RGBl I, 943.
- 377) Benisch, Einkaufsverbände, Isay-Festschr. S. 231, 240; Westermann, Eink.Zusammenschl. S. 11; Lehnich-Fischer, Kartell-Ges., S. 95–98.
- 378) Sölter, Nachfragemacht, S. 37.
- 379) aaO S. 9 ff.

- 380) Benisch, Einkaufsmacht, WuW 56, 485; Ewald, Eink.Gen. WuW 56, 255.
- 381) Günther, Eink.Verb. MA 57, 36.
- 382) Röper, Fehlentwicklungen, S. 236; Benisch, Isay-Festschr. aaO, S. 263, 264.
- 383) Gegenkräfte, S. 13 ff.
- 384) Benisch, Eink.Verb., aaO, S. 279; Fricke, Kollektivmonopole, S. 190; Miksch, Wettbewerb, S. 97.
- 385) Günther, aaO, MA 57, 41; Frankf. Komm. § 1, 35.
- 386) LG Berlin für die Nachfrager, WuW ELW/AG 120.
- 387) aaO, bes. S. 41 ff.
- 388) Fikentscher, Wettbewerb, S. 27; Jöhr, Grundlagen, S. 42.
- 389) Rittner, Ausschließlichkeitsbindungen, S. 74 und 77/78.
- 390) RGSt 58, 429.
- 391) Anwendungsbereich, Nipperdey-Festschrift, S. 283, bes. 299.
- 392) ablehnend daher: Würdinger, WuW 53, 271; BGHZ 13, 37; Fikentscher, aaO, bes. S. 220 ff.
- 393) Müller-Henneberg, im Gem.K. § 1, Rdn 20, 21.
- 394) Isay, Geschichte, S. 40 ff; Lehnich, aaO, S. 335 ff.
- 395) Wettbewerb und Monopolkampf, bes. S. 12 ff.
- 396) Fikentscher, aaO, S. 34/35.
- 397) Eucken, Wettbewerbsordnung, ORDO II, 17 ff 24; Jöhr, aaO, S. 42.
- 398) aaO, S. 11 ff.
- 399) zu § 1, d.
- 400) Grundlagen, S. 91 ff.
- 401) Vgl. dazu Borchardt-Fikentscher, Wettbewerb, S. 3 ff; Röpel, aaO, S. 37.
- 402) Benisch, aaO, WuW 56, 483 ff; Lehnich, aaO, S. 589.
- 403) WuW 53, 178, rechte Sp.
- 404) Lutz, Bemerkungen, ORDO VIII, 19 ff.
- 405) Bartholomeyczik, im Gem.K. § 22, Rdn 33.
- 406) Bartholomeyczik, aaO; Behrens, Wettbewerbsbegriff, NJW 58, 481; Günther, Wettbewerbsbegriff, MA 59, 269, 272.
- 407) Vgl. hierzu Borchardt-Fikentscher, aaO, S. 10, 1377; Brugger, § 1 GWB, WuW 59, 467, 475; Carell, aaO, S. 121, 149; Lutz, ORDO VIII, 19,30; Müller-Beilschmidt, wesentlicher Wettbewerb, MA 58, 6, 8; Röper, aaO, S. 25, dargestellt am Zeitschriftenmarkt.
- 408) Frankf. Kom. § 1 A, 20; Ewald, aaO, WuW 56, 256; und die in Anmerkung 407 Genannten
- 409) Bartholomeyczik, im Gem.K. § 22, Rdn 33.
- 410) Borchardt-Fikentscher, aaO, S. 15.
- 411) Bartholomeyczik, im Gem.K. § 22, Rdn 33; Benisch, kartellrechtl. Grenzen, WuW 58, 269, 270 entgegen WuW 56, 483; Brugger, aaO, WuW 59, 469, 474; Dörinkel, Bespr., WuW 58, 179; Ewald, aaO, WuW 56, 253; Frankf. Kom. § 1 A, 20; Langen, GWB § 1 III, 1; Müller-Beilschmidt, aaO, MA 58, 8; Rasch, Bespr. BB 58, 88.
- 412) Die Auseinandersetzung zwischen Lutz, GWB, NJW 57, 1297 und Schmitz, GWB, NJW 57, 1704 betrifft den wirtschaftswissenschaftlichen Streit, ob das GWB den Leistungs- oder Preiswettbewerb fordere; zum Begriff Benisch, Problematik, WuW 55, 421. Wie Schmitz nachweist, können bei der ungeklärten Lage in den Wirtschaftswissenschaften beide Wettbewerbsarten darunter verstanden werden, zumal eine klare Trennung kaum möglich ist. Wenn Behrens, aaO NJW 58, 481 den Wettbewerb nicht als Handlung, sondern als Spannungszustand erklärt, so ist das für die hier zu untersuchende Frage ohne Bedeutung, da auch diese Spannung nur zwischen Teilnehmern am Wirtschaftsverkehr bestehen kann.
- 413) Der Gesetzgeber sieht in der Konkurrenz die Verwirklichung der optimalen Leistungsfähigkeit, daher will er sie schützen, Günther, WuW 57, 678. Wer von den Erkenntnissen der Wirtschaftswissenschaften her dies verneint, wird das ganze Gesetz ablehnen. Mit diesen Ansichten kann sich die Arbeit nach Verabschiedung des Gesetzes nicht mehr auseinandersetzen; vgl. dazu Isay, Geschichte, S. 77; die bei Müller-Henneberg, im Gem.K. S. 60 genannten; Röper, aaO, S. 27 mit Hinw.; Vershofen, Gegenkräfte, hält ein Einschreiten nur für erforderlich, wenn sich die Verabredung auf ein Objekt unabwendbaren Bedarfs bezieht, das außer Substitutionskonkurrenz steht.

- 414) aA wohl Sölter, Nachfragemacht, S. 57, der auch in dieser Definition eine Vernachlässigung der Nachfrageseite sieht.
- 415) Vgl. dazu die Erörterungen auf der Tagung „Aktuelle Probleme der deutschen Kartellpolitik“ der Deutschen Volkswirtschaftlichen Gesellschaft, 14./15. 7. 1960 in Essen.
- 416) Bestimmung, bes. S. 12 ff.
- 417) aaO, S. 32.
- 418) Bericht zu § 1.
- 419) Strickrodt, Lieferverträge, WuW 57, 79.
- 420) BVerfGE 1, 312.
- 421) So auch Krahe, Kartellbegriff, WuW 59, 615, 619.
- 422) aaO S. 12.
- 423) Bei Westermann geht das Streben dahin „an Stelle“ eines anderen zum Abschluß zu kommen, während hier nur eine Beeinflussung gefordert wird.
- 424) Müller-Henneberg, im Gem.K. § 1, Rdn 20.
- 425) Borchardt-Fikentscher, aaO, S. 18.
- 426) Anders beim Wettbewerbsbegriff des UWG, dem Westermann wohl auch folgt, Behrens, aaO, NJW 58, 481.
- 427) Böhmer, Grundlagen I, 181.
- 428) Im Gem.K. § 1, Rdn 3; Betrieb 57, 1092.
- 429) Im Gem.K. § 98, Rdn 2.
- 430) In der übrigen Literatur wird der Unternehmensbegriff nicht in dieser Richtung erörtert, Anliegen ist hier meistens die Unternehmenseigenschaft der freien Berufe.
- 431) Vgl. oben Anm. 428.
- 432) Bartholomeyczik im Gem.K. § 22, Rdn 6; Müller-Henneberg im Gem.K. § 1, Rdn 5; LG Berlin WuW ELG/AG 118.
- 433) Vgl. im einzelnen: Sölter, Nachfragemacht.
- 434) Bartholomeyczik im Gem.K. § 22, Rdn 3.
- 435) Bartholomeyczik im Gem.K. § 22, Rdn 5.
- 436) Vershofen, aaO, S. 9.
- 437) Gemeinsame Grundlagen, S. 18; Tautscher, Wirtschaft, S. 77.
- 438) § 1, 24.
- 439) Vgl. auch für das Umsatzsteuerrecht oben, S. 43.
- 440) NJW 60, 146.
- 441) BB 60, 385.
- 442) Carell, aaO, S. 13; Miksch, Wettbewerb, S. 188.
- 443) Gerloff, Handb. der Finanzwissenschaft. Bd. 1, S. 11.
- 444) aaO, S. 82.
- 445) Fin.Arch. Bd. 17 NF S. 344, 353.
- 446) Zu Fragen der Kostenrechnung und den echten Ausgaben für die Volkswirtschaft vgl. Brombach, aaO; Maison, Handb. der Fin.Wissenschaft. Bd. 2, S. 3 ff.
- 447) So auch Geipel, aaO, S. 16, der Ritschels dualistischem System der Volkswirtschaft folgt.
- 448) Wirtschaftsverf.Recht, S. 65 ff.
- 449) Zur Aufgabenwahl Gem.Grundl. S. 5; Tautscher, aaO, S. 77.
- 450) Tautscher, aaO, S. 2, der nachweist, daß der frühere Ausdruck Finanzwirtschaft zu eng ist.
- 451) Gutzler, Das Gesetz, S. 105 ff; Tautscher, S. 34 ff.
- 452) Miksch, Wettbew. S. 12.
- 453) RGSt 49, 199.
- 454) RG JW 1918, 446.
- 455) RG MuW 32, 100.
- 456) RG MuW 33, 67 = RGSt 66, 380.
- 457) BGHSt 2, 397, 404; NJW 57, 1604.
- 458) Mann, Fin.Arch. 15, 212, 216, Staatswirtschaftslehre.
- 459) Mann, aaO, S. 224; Paulsen, Wirtschaftsfunktionen, Fin.Arch. 11, 415.
- 460) Tautscher, S. 3.
- 461) Nach Tautscher, S. 5 ff sind es: die kameralistische Staatswirtschaftslehre, die physiokratische Finanzwissenschaft, die klassische Finanzwissenschaft, die organische Staatswirtschafts-

lehre, die interventionistische Staatswirtschaftslehre, die reine Staatswirtschaftslehre und die wirtschaftspolitische Staatswirtschaftslehre.

¹¹²⁾ aaO, S. 56 ff.

¹¹³⁾ Tautscher, aaO, S. 81.

¹¹⁴⁾ Tautscher, aaO, S. 84.

¹¹⁵⁾ Schneider, Volkswirtschaftslehre, S. 83.

¹¹⁶⁾ Wagner, Handbuch der Staatswissenschaften „Staat“; Gutzler, aaO, S. 125 ff.

¹¹⁷⁾ Tautscher, aaO, S. 62 und 64.

¹¹⁸⁾ Vgl. dazu die Forderungen von v. Dungern, Staatswirtschaft, DVBl 59, 225 ff.

¹¹⁹⁾ So BMW Erhard in der Konzentrationsdebatte des BT 15. 10. 59, 82. Sitzung, Prot. S. 4419, 4436, 3. Wahlp.

¹²⁰⁾ Kirsch, aaO, S. 14; Daub, Handkom.VPOA S. 2.

¹²¹⁾ Kirsch, aaO, S. 14/15.

¹²²⁾ So Müller-Henneberg-Schwartz S. 884 im Gem.K.; auch im wirtschaftspolitischen Aussch. des BT bestand Einigkeit darüber, daß die Unternehmen der öffentl. Hand dem GWB unterworfen sein sollten, soweit keine einzelne Ausnahme bestünde. Geteilter Auffassung war man, ob diese selbstverständlich sei oder ausdrücklich im Gesetz geregelt werden müsse. Ber. VIIA vor § 73 ff.

¹²³⁾ Wirtschaftsverfassungsrecht S. 67.

¹²⁴⁾ Daß gemeinnützige Unternehmen Wettbewerbsbeschränkungen herbeiführen und deshalb dem Gesetz unterfallen, weist der Bericht nach; allgemein zum Mißbrauch der Marktstellung gemeinnütziger Unternehmen Bartholomeyczik, Vorsorgungsentgelte, aaO, S. 4 ff.

¹²⁵⁾ Zum folgenden Borchardt-Fikentscher S. 23–49; Fikentscher, aaO, S. 43–48; oben S. 48.

¹²⁶⁾ Sachlich übereinstimmend Brugger, aaO, WuW 59, 477, subjektive Wettbewerbsbeschränkungen, da das Streben der Wettbewerber beeinflußt wird, objektive Wettbewerbsbeschränkungen, wenn das Ziel, die günstige Geschäftsbedingung für die Allgemeinheit, beeinträchtigt wird.

¹²⁷⁾ Andere Definitionen in der Literatur selten, da für die KartVO das Kartell im Vordergrund stand; Lehnich, aaO, S. 19, eine Wettbewerbsbeschränkung liegt vor, wenn bestimmte Gebiete der Markttätigkeit einer Regelung unterworfen sind; aber marktbeherrschendes Unternehmen!?

¹²⁸⁾ Vgl. oben S. 49, Bericht des Schlesw.-Holst. LT 3. Wahlp. S. 3580, 5. März 1958.

¹²⁹⁾ Bartholomeyczik im Gem.Kom. § 22, Rdn 33.

¹³⁰⁾ Müller-Henneberg im Gem.Kom. § 1, Rdn 45; Frankf.Kom. § 1 A 36 und Borchardt-Fikentscher, aaO, S. 34.

¹³¹⁾ Günther, aaO, MA 57, 35; Behnisch, aaO, WuW 56, 480; Deringer, Preisabsprachen, S. 71; Frankf.Kom. § 1 A 49.

¹³²⁾ Bartholomeyczik im Gem.Kom. § 22, Rdn 42.

¹³³⁾ Hierum wurde besonders in den Beratungen des Gesetzes für § 1 gekämpft, Müller-Henneberg im Gem.Kom. § 1, Rdn 45.

¹³⁴⁾ Langen, GWB, Einführung S. 49.

¹³⁵⁾ Vgl. dazu Strickrodt, Tragweite, Betrieb 1958, 15.

¹³⁶⁾ Günther, im Handelsblatt Nr. 103 v. 30. 9. 1959.

¹³⁷⁾ Vgl. zum folgenden Fikentscher, aaO, S. 77 ff, dem bei den Ausführungen gefolgt wird.

¹³⁸⁾ Schrifttum bei Müller-Henneberg im Gem.Kom. Einführung VI, S. 68 und Fikentscher, aaO S. 77, 78, Anm. 130, 131.

¹³⁹⁾ Brugger, aaO, WuW 59, 472.

¹⁴⁰⁾ S. 8 des Berichts. Irrig ist sicherlich die Auffassung, daß im sozialen Prozeß der Wirtschaft eine natürliche Harmonie der Interessen besteht. Der Widerstreit der individuellen Interessen ist eine unleugbare Tatsache, deshalb müssen Regeln und Einrichtungen geschaffen werden, die verhindern, daß einzelne oder Gruppen soviel Macht besitzen, daß sie ihre Pläne auf die Dauer gegen die Absicht der anderen durchsetzen können.

¹⁴¹⁾ aaO, S. 89/90.

¹⁴²⁾ Lehrbuch, allgem. Teil § 78, I, 2.

¹⁴³⁾ In JZ 55, 117 und NJW 57, 1688.

- 494) Esser, JZ 56, 555; Hueck, Gleichheit, 96, 105 und andere bei Maunz-Dürig, Art. 1, Rdn 132 genannte. Vgl. weiter eingehend Laufke, Vertragsfreiheit, Lehmann-Festschr. S. 145, der unter Verarbeitung der gesamten Literatur zum Ergebnis kommt, daß eine Anwendung im Einzelfall möglich sei. Hedemann, Kontrahierungszwang, Nipperdey-Festschr., S. 251, 260.
- 495) Dürig, Nawiasky-Festschr. S. 167–176.
- 496) BVerfG NJW 58, 257 und 259; Maunz-Dürig, Art. 1, Rdn 132, 2, 53; über die Bedeutung der Sozialstaatsklausel Raiser, aaO, JZ 58, 1; daß der Gleichheitssatz, obwohl er aus einem einheitlichen Rechtsprinzip entstammt, im Zivilrecht und Verfassungsrecht aber eine ganz verschiedene Ausprägung erfährt, zeigt Hueck, Gleichheit.
- 497) Maunz-Dürig Art. 2, Rdn 46 und 48.
- 498) Soz.Marktwirtsch. WuW 54, 211.
- 499) Bestr. aber weitaus herrschende Meinung, Maunz-Dürig, Art. 2, Rdn 44, BVerfG NJW 54, 1235; NJW 58, 1035.
- 500) Allerdings ist zu sagen, daß N. unter sozialer Marktwirtschaft etwas ganz anderes versteht als die herrschende Meinung. Wenn man seine Forderungen, die er aus dem GG ableitet, reduziert, ist seine Ansicht von der wirtschaftspolitischen Einstellung des GG nicht mehr allzu weit von der Ansicht der herrschenden Meinung entfernt, vgl. dazu Biedenkopf, aktuelle Fragen, S. 32; Fikentscher, aaO, S. 14 ff; Brugger, aaO, WuW 59, 468.
- 501) Diese Nichtentscheidung ist nur wirtschaftspol. Natur. Der Gesetzgeber hat die Möglichkeit, die ihm jeweils sachgemäß erscheinende Wirtschaftspolitik zu verfolgen, sofern er dabei das GG beachtet. So entgegen der Auffassung Hamanns, Rechtsstaat und Wirtschaftslenkung S. 32, die herrschende Meinung vgl. Anm. 500 und Geipel, S. 23.
- 502) Maunz-Dürig Art. 2, Rdn 13, Fußn. 2.
- 503) Hellwig, aaO, WuW 59, 395.
- 504) BVerfG JZ 59, 528.
- 505) NJW 58, 257.
- 506) Maunz-Dürig, Art. 2, Rdn 13.
- 507) Fikentscher, aaO, S. 84.
- 508) Brugger, aaO, WuW 59, 471.
- 509) Fikentscher, aaO, S. 208; bereits Ihering, Scherz und Ernst in der Jurisprudenz, 1885 S. 128, zit. nach Fikentscher, beklagt im Vergleich zu den Römern gebe es im heutigen Recht immer weniger zu occupieren.
- 510) Maunz-Dürig, Art. 2, Rdn 2.
- 511) Nur die geistige Freiheit, Peters, Laun-Festschr. S. 674; dagegen die herrschende Meinung Maunz-Dürig, Art. 2, Rdn 11; Laufke, Festschr. f. Lehmann, aaO, S. 161; Hamann, Wirtschaftsverf. S. 77 jeweils mit weit. Nachweisen; BVerfG NJW 57, 632, bei einer solchen Interpretation der Grundrechte wäre der „Soweitssatz“ überflüssig, da bei einer Entfaltung im Kernbereich der Persönlichkeit niemand gegen ihn verstoßen könnte.
- 512) Ähnlich Maunz-Dürig, Art. 2, Rdn 13, die Rechte anderer . . . „sollen nicht die Grundrechtsbetätigung auf das zahme Mittelmaß der Gemeinüblichkeit reduzieren.“
- 513) Fikentscher, aaO, S. 85.
- 514) Maunz-Dürig, Art. 2, Rdn 61.
- 515) Vgl. dazu Strickrodt, Eigentumsgewährleistung, NJW 56, 809.
- 516) So aber Fikentscher, aaO, S. 87.
- 517) Maunz-Dürig, Art. 2, Rdn 14.
- 518) Maunz-Dürig, Art. 2, Rdn 52, 19, wo besonders Werbefunk und Fernsehen und umfängl. Lit. angegeben; Hamann, Wirtschaftsverfassung S. 70 ff und NJW 57, 1422, Wirtschaftsbetät.
- 519) Hierzu Schmidt, Wirtschaftsordnung, ORDO Bd. 8, 173 ff.
- 520) Vgl. oben S. 45.
- 521) Fikentscher, aaO, S. 102.
- 522) Röpke, Jenseits, bes. S. 47; Günther, aaO, MA 59, 271.
- 523) Statt aller Müller-Henneberg, Einführung, S. 62 V.
- 524) Böhm, Wirtschaftsordnung; Vogel, Handelspolicy, JZ 58, 111; als Auslegungsproblem Bartholomeyczik, Vorbem. 14, § 22 im Gem.Kom.
- 525) Veit, Ordnung, ORDO, V, 3 ff, 44.
- 526) Fikentscher, aaO, S. 96 ff.

- 327) Biedenkopf, freiheitl. Ordnung, S. 26; Fikentscher, aaO, S. 14; Müller-Henneberg im Gem.Kom. Einf. S. 55; Röpke, aaO, S. 43.
- 328) Ob die Bezeichnung neoliberal falsch ist, sei dahingestellt, so Dürr, Ordoliberalismus S. 7 ff.
- 329) Dürr, aaO, S. 35, 67.
- 330) Vgl. die gleichnamige Schrift von Miksch.
- 331) Müller-Armack, Handb. d. Soz. Wissensch., Bd. 9, „Soziale Marktwirtschaft“.
- 332) Kapitalismus, ORDO II, 101, 133.
- 333) Miksch, aaO, S. 12.
- 334) Eucken, Problem, ORDO I, 56, 70, 90.
- 335) Miksch, aaO, S. 214.
- 336) aaO, S. 19.
- 337) Grundsätze, 293.
- 338) Vgl. dazu das Problem Schiene – Straße.
- 339) Miksch, aaO, 189.
- 340) Miksch, aaO, S. 190.
- 341) Würdinger, Einführung zu Neumeyer S. X im Gegensatz zum amerikanischen Recht; Ballerstedt, JZ 56, 271; Ewald, aaO, WuW 56, 257; Hefermehl, mit erheblichen Einschränkungen, Wettbewerbsrecht, S. 283, 299; Möhring, Wettbewerbsordnung, WuW 54, 387; BGHZ 13, 37.
- 342) Vorwort des Berichts des BK an die Bundesregierung: das GWB ist ein wirtschaftspolitisches Ordnungsgesetz, welches die Wettbewerbsfreiheit im Rahmen lauterer Wettbewerbs statuiert; Fikentscher, aaO, S. 227; Biedenkopf, aaO, S. 32 mit bes. Nachdruck; Müller-Henneberg im Gem.K. Einführung S. 61–67; Günther und Schmitz, NJW 57, 1704, Das GWB; Günther, aaO, MA 59, 275; Benisch, aaO, WuW 56, 480; WuW 59, 3; Brugger, WuW 59, 469, unter besonderer Betonung der Interdependenz der Sozialordnung.
- 343) Brugger, aaO, WuW 59, 470.
- 344) Langen, GWB, § 1, II, 1a.
- 345) Hellwig, aaO, WuW 59, 389, 396 im Anschluß an Werner Weber, Die Verfassung der Bundesrepublik in der Bewährung S. 15, 16.
- 346) Im Gem.Kom. § 98, Rdn 2.
- 347) Bericht VII BW vor § 73.
- 348) Statt aller Müller-Henneberg im Gem.Kom. § 1, Rdn 2, Frankf.Kom. § 1 A 38; Langen, § 1 A II 1c; Stöver, S 32 und 148.
- 349) Schmidt, Großkom. Akt.-Ges. § 15 A 3; Friedländer, aaO, S. 16.
- 350) Neumann, Konzernrabatte, WuW 57, 564; Müller-Henneberg im Gem.Kom. Vorbem. § 1, I
- 351) Konzernrabatt, WuW 59, 621, 634.
- 352) Müller-Henneberg im Gem.Kom. Vorbem. § 1, I, Frankf.Kom. § 1 A 38.
- 353) Frankf.Kom. § 22 A 37,
- 354) So offenbar Neumann, aaO, WuW 57, 564.
- 355) Bartholomeyczik im Gem.Kom. § 22, Rdn 6, Müller-Henneberg im Gem.Kom. § 1 Rdn 7; Frankf.Kom. § 1 A 4.
- 356) Forsthoff, Lehrbuch § 22 b 2.
- 357) Forsthoff, Lehrbuch § 14.
- 358) aaO, S. 65.
- 359) Forsthoff, aaO; Stern, Verwaltungsarchiv 49 S. 129 A 81.
- 360) Finanzverwaltungsgesetz vom 6. 9. 1950 BGBl I, 448.
- 361) Vgl. Erlaß des BFinM II B 06102 90 53 „An die für das Bauwesen zuständigen Minister und Senatoren der Länder des Bundesgebiets und den Vorstand der Bundesbahn“, bei Daub, Richtlinien, S. 5.
- 362) Vgl. für Hessen Erlaß vom 16. 4. 1958 – V d – 61 c 04/11 – 1/58 (St.Anz. S. 503) und 20. 4. 1959 – V d / b – 61 c – 04/03 – 3/59 (St.Anz. S. 520), für Rheinland-Pfalz Rundschr. vom 22. 5. 1953 MinBl Sp. 298.
- 363) Vialon, RHO, S. 38 und 75.
- 364) Vialon, aaO, S. 37 ff.
- 365) Forsthoff, aaO, § 22, b 2, S. 392.
- 366) Maunz, Lehrbuch, § 33, 4.

- 507) Forsthoff, aaO, § 22, 2c S. 396.
- 508) Bekanntm. vom 11. 5. 1951 GMBI S. 137.
- 509) Zur Fortgeltung der RHO Vialon, aaO, Vorbem. S. 293, und Bezugnahme auf sie in § 2 Ges. über BRechnungshof vom 27. 11. 1950 BGBl I, 765.
- 510) Z – VOB, VOL S. 51; VOL S. 67.
- 511) EBV - A, EBV - B, Bekanntmachung in der Fassung v. 21. 10. 1958 BAnz. 1958 Nr. 206, VOL S. 87.
- 512) VOL S. 95.
- 513) BWMin. vom 15. 12. 1955 und 19. 1. 1957 Richtl. S. 65.
- 514) VOL S. 123, Bundesausschreibungsbl. Nr. 87/57 v. 27. 7. 57, S. 321.
- 515) Zum Behördenaufbau allg. Huber I § 9.
- 516) Vgl. Art. 31 ff BayGemO. vom 25. 1. 1952 GVBl 1952 S. 19.
- 517) § 41 Teil A SelbstverGes. Rheinl-Pf. vom 5. 10. 1954, Gesetz- und Verordnungsblatt S. 117.
- 518) Vgl. § 70 GemO Hessen vom 25. 1. 1952 GVBl. S. 11.
- 519) Handb. der Finanzwissenschaft II, S. 103.
- 520) Zur Rechtsstellung Huber, aaO, I § 13, Vialon, aaO, S. 95; Forsthoff, Lehrb., § 22, 2c.
- 521) Vgl. dazu: Die Bundesrepublik 1958/59 S. 38 ff.
- 522) aaO, Betrieb 1957, 1093.
- 523) Vgl. oben S. 58.
- 524) Vgl. oben S. 58 Müller-Henneberg im Gem.Kom. § 1, Rdn 24.
- 525) Müller-Henneberg im Gem.Kom. § 1, Rdn 24.
- 526) Gutowski, Leistungsbeschreibung, S. 15, 33; Welter, Frischer Wind, FAZ 1956 Nr. 60.
- 527) Über eine bessere Ausgestaltung der Ausschreibung, Beschreibung und Heranziehung von Sachverständigen bei der Auswahl der Angebote vgl. S. 16 des Berichts Arb.Kr.WettbewerBau.
- 528) Welter, aaO, FAZ 1956 Nr. 60, AK Wettbewerb Bau.
- 529) Müller-Henneberg im Gem.K. § 1, Rdn 25.
- 530) Müller-Henneberg im Gem.K. § 1, Rdn 47; Frankf.Kom. § 1 A 49.
- 531) Günther, aaO, MA 57, 35; Lieberknecht, Empfehlung, MA 58, 231; Müller-Henneberg im Gem.K. § 1, Rdn 41; Frankf.Kom. § 1 A 50.
- 532) aaO MA 57, 42, § 1, 47.
- 533) Müller-Henneberg im Gem.K. § 1, Rdn 44; Böhm, WuW 56, 177 „Die Erfolgchancen und Bestimmungsmöglichkeiten dritter, außerhalb der Verträge stehender Personen müssen eingeschränkt werden“; Lukes „Kartellvertrag als Vertrag mit Außenwirkungen“, als Wesen des Kartellvertrags.
- 534) Deringer, Preisabsprachen, S. 70; ihm folgend Müller-Henneberg im Gem.K. § 1, Rdn 47.
- 535) Borchardt-Fikentscher, aaO, S. 33 ff; Deringer, aaO, S. 52 ff; Müller-Henneberg im Gem.K. § 1, Rdn 45.
- 536) Müller-Henneberg im Gem.K. § 1, Rdn 45; zum Marktbegriff vgl. unten S. 90 ff.
- 537) Zur rule of reason und § 1 GWB: Spengler, Tatbestand, S. 47.
- 538) Von Brunn, § 2, Rdn 5; Schwieder, § 5, Rdn 2, beide im Gem.K.
- 539) Zu § 3a.
- 540) Von Brunn, § 2, Rdn 22; Schwieder, § 5, Rdn 7, beide im G.Kom.; Deringer, WuW 58, 3, 9 Techn. Normenkartell.
- 541) GWB § 5 III.
- 542) So auch im Ergebnis Schwieder im Gem.K. § 5, Rdn 4; Deringer, Rationalisierungskartell, WuW 58, 3 ff.
- 543) Untertitel: Welche Erfahrungen der Betriebswirtschaftslehre können Staat und Kommunen für die wirtschaftliche Gestaltung ihrer Verwaltung übernehmen?
- 544) Hausmann, Tagungsbericht in DZ 1959 Nr. 136.
- 545) Vgl. Gutachten S. 2 mit Hinweisen auf weitere Literatur.
- 546) Im Gem.K. § 5, Rdn 13; ebenso Rasch GWB § 5, 4.
- 547) Kirschstein-Segelmann, Rationalisierungskartelle, S. 8.
- 548) Kirschstein-Segelmann, Rationalisierungskartelle, S. 10 mit weiterer Literatur.
- 549) FAZ aaO 60, 1956.
- 550) Arbeitskreis Wettbewerb Bau S. 21.
- 551) Deringer, aaO, WuW 58, 15; Rasch, § 5 A 4; Schwieder im Gem.K. § 5, Rdn 18.

- ⁶¹²⁾ Kirschstein-Segelmann, aaO, S. 18, 20.
- ⁶¹³⁾ Daub, Handkom., S. 2.
- ⁶¹⁴⁾ Miksch, Wettbew. S. 189, 190.
- ⁶¹⁵⁾ Vgl. dazu Lehnich-Fischer, S. 92, 93 wegen der Kartelldefinition Liefmanns; Fricke, Kollektivmonopole, S. 69 spricht auch nur von Vereinbarungen; aber mit dem Gesetz unvereinbar, Dörinkel, Auswirkungen, WuW 57, 619 Anm. 4.
- ⁶¹⁶⁾ Müller-Henneberg im Gem.K. Vorbem. 1, 8; von Brunn, Kond.-Kart. WuW 58, 135; Bericht zu § 1a „Kartelle geringerer Art“, bei denen Mißbräuche verhindert werden sollen.
- ⁶¹⁷⁾ Von Brunn im Gem.K. § 2, Rdn 4; Fricke, aaO, S. 59; Rasch, GWB § 2, 1.
- ⁶¹⁸⁾ von Brunn, Vertragsbed. S. 50, 51.
- ⁶¹⁹⁾ von Brunn im Gem.K. § 2, Rdn 7, 22.
- ⁶²⁰⁾ von Brunn, aaO, WuW 58, 136, 137.
- ⁶²¹⁾ Fischer, aaO, BB 57, 481; ob von Brunn, Vertragsbedingungen, S. 30, zuzustimmen ist, daß hierin eine im Außenverhältnis wirksame Begrenzung der Vollmacht liege, sei dahingestellt.
- ⁶²²⁾ von Brunn im Gem.K. § 2, Rdn 11 und aaO WuW 58, 137; Langen, GWB § 2 III, 2; Mayer-Wegelin, GWB § 2 A. 2.
- ⁶²³⁾ von Brunn, Vertragsbedingungen, S. 27, 34 und wie in Anm. 622.
- ⁶²⁴⁾ Raiser, Gesch.Bed., S. 30, 222.
- ⁶²⁵⁾ Vom 23. 11. 1940, RGBI I, 1573.
- ⁶²⁶⁾ Von Brunn im Gem.K. § 2, 18 mit weit. Lit.
- ⁶²⁷⁾ Im Gem.K. § 2, Rdn 19 und aaO WuW 58, 139.
- ⁶²⁸⁾ Forsthoff, Lehrb. § 22; Stern, aaO, Verw.Arch. 49, 129.
- ⁶²⁹⁾ Erlaß vom 23. April 1953 bei Daub, Richtlinien S. 5.
- ⁶³⁰⁾ Lehmann AT, § 33; Enn.Nipperdey, aaO, § 146 II.
- ⁶³¹⁾ Lehmann AT, § 24; Enn.Nipperdey, § 137 IV, 1; Lukes, aaO, S. 253 ff.
- ⁶³²⁾ Lehmann AT, § 25, 2c; Enn.Nipperdey, § 146 IV; Bartholomeyczik, AcP 144, 287, 292; Lukes, aaO, S. 273; v. Tuhr I, S. 514.
- ⁶³³⁾ Müller-Henneberg im Gem.K. § 1, Rdn 18; Frankf. Kommentar § 1 A. 6; Lukes, aaO, S. 125; aA Benisch, Betrieb 57, 789; Abstimmung, der für den Vertrag eine Verpflichtung fordert.
- ⁶³⁴⁾ So aber Biedenkopf in der Bespr. BB 59, 1108.
- ⁶³⁵⁾ Begründung zu § 1.
- ⁶³⁶⁾ Huber, Empfehlungsverbot, S. 38; Hengstenberg, Bruttopreis, WuW 58, 441; Lutz, Wiederverkauf, NJW 58, 128; Würdinger, Empfehlungen, WuW 58, 507; BGH Kart.Sen. NJW 58, 1865; = BB 58, 1075.
- ⁶³⁷⁾ Mayer-Wegelin im Gem.K. § 38, vor 26.
- ⁶³⁸⁾ Vgl. A. 11 Nr. 16–19.
- ⁶³⁹⁾ Huber, aaO, S. 42.
- ⁶⁴⁰⁾ BGH Kart.Sen. NJW 58, 1865; Mehl, Handelsbräuche, S. 51 ff.
- ⁶⁴¹⁾ Ob das auch für den BDA gilt, sei dahingestellt, nach Ansicht des BK sind aber auch die Buchprüfer Unternehmen, WuW BKartA 50/51.
- ⁶⁴²⁾ Von Brunn, Konditionen, BB 58, 686.
- ⁶⁴³⁾ aaO S. 50. Die Gesetzesmaterialien geben nur wenig Aufschluß, da die sehr umstrittene Bestimmung erst ganz zuletzt ihre Fassung erhielt, vgl. Mayer-Wegelin im Gem.K. § 38, Rdn 19, Huber, aaO, 15; Lieberknecht, Empfehlung, MA 58, 239. Zur Praxis unter den Dekartellisierungsbestimmungen, wo Empfehlungen von Gesch.Bed. teilweise zulässig vgl. Bussmann, Sped.Bed. WuW 55, 277. Der BGH folgte Huber allerdings nicht, obwohl die Voraussetzungen der Definition Hubers gegeben waren, OLG Hamburg BB 59, 972; krit. z. BGH Steindorff, JZ 59, 197, 200.
- ⁶⁴⁴⁾ Lit.Ang. bei Huber, aaO, S. 46 ff und Benisch, Preisempf. WuW 59, 3 ff; BGH NJW 58, 1868; NJW 60, 723.
- ⁶⁴⁵⁾ Huber, aaO, 54, Hengstenberg, aaO, WuW 58, 442; BGH NJW 58, 1868.
- ⁶⁴⁶⁾ 58, 188; Lieberknecht, aaO, MA 58, 243; Gleiss, Empfehlungen, BB 58, 431; BGH NJW 58, 1868; Huber, aaO, 55; Benisch, aaO, WuW 59, 3 ff, Betrieb 57, 792; Mayer-Wegelin, aaO, Betrieb 1868; Schwartz, Wiederverkaufspreise, MA 58, 505, 512. aA. Seydel, Empfehlungen, WRP 57, 254, 255; OLG Hamburg, BB 59, 972.
- ⁶⁴⁷⁾ aaO, S. 55.

- 648) WRP 60, 117.
- 649) WuW 60, 355.
- 650) NJW 60, 723.
- 651) Huber, S. 57; Langen, GWB S. 292 stellt auf das eigene Interesse ab; Meyer-Cording NJW 53, 566, Empfehlungen, fordert ein Organisationsgefühl, auch dies kann aber der gesellschaftlichen Abhängigkeit entspringen.
- 652) Über diese Erfordernisse Huber, aaO, S. 73; Hengstenberg, WuW 58, 443.
- 653) Vom 16. 10. 1934, RGBI I, 924; Zum Begriff Bühler, Steuerrecht, § 8 IV.
- 654) Huber, aaO, S. 65.
- 655) Huber, aaO, S. 66; BGH NJW 58, 1868; aA Lieberknecht, aaO, MA 58, 235; wie hier noch Benisch, aaO, Betrieb 57, 790. Keine Kausalität bei Verkehrssitte, Mehl, aaO, S. 41ff.
- 656) Vgl. im einzelnen Huber, aaO, 73; BGH NJW 58, 1869 r. Sp.
- 657) Statt aller Huber, aaO, 74, 75; Benisch, aaO, Betrieb 57, 790; von Brunn, aaO, BB 58, 868; BGH NJW 58, 1868; Strickrodt, Bestimmung, S. 19.
- 658) BKA vom 3. 12. 1958; Z 2 129700 – 469/58 WuW BKartA 21.
- 659) Benisch im Gem.K. § 34, Rdn 3; RGZ 128, 7.
- 660) Empfehlungen, BB 58 179; LG Köln BB 58, 461.
- 661) Benisch, aaO, WuW 59, 3; von Brunn, aaO, BB 58, 686; Deringer, aaO, WuW 58, 12; Hengstenberg, aaO, WuW 58, 443; Huber, aaO, S. 78; Lieberknecht, aaO, MA 58, 245; Meyer-Cording, NJW 53, 565; Mayer-Wegelin im Gem.K. § 38, Rdn 30; BGH NJW 58, 1868.
- 662) von Brunn, aaO, BB 58, 686; Lieberknecht, aaO, MA 58, 246, 249.
- 663) Vgl. BGH BB 57, 692; weit Lit. bei Lieberknecht wie 662.
- 664) Huber, aaO, S. 79; Lutz, aaO, NJW 58, 129; Schwartz, aaO, MA 58, 512; BGH NJW 58, 1868.
- 665) So auch Huber, aaO, 80/81; Würdinger, aaO, WuW 58, 512/513.
- 666) Schwieder im Gem.K. § 5, Rdn 19; Schwieder, aaO, WuW 58, 19.
- 667) Huber, aaO, S. 82.
- 668) Huber, aaO, S. 71; Benisch, aaO, Betrieb 57, 791; Mayer-Wegelin im Gem.K. § 38, Rdn 33. und 4–7.
- 669) Strickrodt, S. 7.
- 670) Mit dem Gesetz nicht vereinbar ist die Annahme Mestmäkers, Marktbeherrschendes Unternehmen S. 5, das Recht müsse zum Schutz des Wettbewerbs darauf bedacht sein, die Entstehung von Marktmacht zu verhindern. Dann hätte das marktbeh. Untern. im GWB die gleiche Behandlung wie das Kartell erfahren müssen. Die Kritik Doblers, „Das Marktbeherrschende Unternehmen“, S. 102, bes. 109 ff. an dem Gesetzentwurf, weil er sich mit den vorhandenen Machtgebilden abfinde, ist unzutreffend, weil die wirtschaftlichen und politischen Gefahren nicht unter dem Gesichtspunkt der Marktbeherrschung zu beseitigen sind.
- 671) Eucken, Grundlagen, S. 111.
- 672) Vgl. dazu im einzelnen Bartholomeyczik im Gem.K. Vorbem. 12 zu § 22 und § 22, 6.
- 673) Nachfragemacht, S. 31.
- 674) Borchardt-Fikentscher, aaO S. 53, 54.
- 675) Bartholomeyczik im Gem.K. § 22, Rdn 18.
- 676) Dahingestellt bleibt, ob durch eine Ausschreibung ein Wettbewerbsmarkt im Sinne der sozialen Marktwirtschaft geschaffen wird. Der Zuschlagpreis ist der beste Ersatz des Marktpreises, Bericht des AK S. 16.
- 677) Meyer-Cording, Marktbeh. Untern. S. 30 Anm. 105.
- 678) Vgl. die Präambeln der Preisvorschriften,
- 679) Bartholomeyczik § 22, Rdn 22.
- 680) Vgl. dazu Bartholomeyczik im Gem.K. § 22, Rdn 19 ff, zum Marktbegriff bes. 28; Borchardt-Fikentscher, aaO, S. 53 ff; Meyer-Cording, aaO, S. 27 ff.
- 681) In den Wirtschaftswissenschaften spricht man von einer Interrelation, Borchardt-Fikentscher, S. 59.
- 682) Bartholomeyczik im Gem.K. § 22, Rdn 29; Borchardt-Fikentscher, aaO, S. 59; Meyer-Cording, aaO, S. 32; Callmann, Marktanteil, S. 40.
- 683) Bartholomeyczik im Gem.K. § 22, Rdn 30; bejaht bei Borchardt-Fikentscher, aaO, S. 60; Meyer-Cording erwähnt sie nicht.

- ⁶⁸⁴⁾ Bartholomeyczik im Gem.K. § 22, Rdn 42.
- ⁶⁸⁵⁾ RGZ 62, 260, 264, Verw. des Kaiser-Wilhelm-Kanals; RGZ 142, 85, Wasserversorgungswerke; BGHZ 19, 85, Stadt als Eigentümerin der Straßen und Plätze; BGHZ 24, 150 Elektrizitätsversorgungsunternehmen.
- ⁶⁸⁶⁾ Eucken, Grundlagen, S. 94, 95.
- ⁶⁸⁷⁾ Bartholomeyczik im Gem.K. § 22, Rdn 17.
- ⁶⁸⁸⁾ aaO S. 34, Münzfernsprecher S. 37, Telefonteile, S. 116, Spezialwaggons u. a.
- ⁶⁸⁹⁾ Zum amerikanischen Recht Neumeyer, Monopolkontrolle, S. 83 ff; im einzelnen Bartholomeyczik im Gem.K. § 22, Rdn 43–57, Borchardt-Fikentscher, S. 61 ff.
- ⁶⁹⁰⁾ Bartholomeyczik im Gem.K. § 22, Rdn 56; Frankf. Kom./§ 22 A. 26.
- ⁶⁹¹⁾ Callmann, aaO, S. 41; Meyer-Cording, aaO, S. 36; Rasch, GWB, § 22 A. 48.
- ⁶⁹²⁾ Borchardt-Fikentscher, aaO, S. 73; ablehnend anscheinend Mestmäker, aaO, S. 163.
- ⁶⁹³⁾ Zum Begriff vgl. Bartholomeyczik im Gem.K. § 22, Rdn 52; Borchardt-Fikentscher, aaO, S. 63.
- ⁶⁹⁴⁾ Bartholomeyczik im Gem.K. § 22, Rdn 59, 69; Rasch, Marktbeherrschung, WuW 57, 6 ff; auch die amerikanische Rechtsprechung hat keine Vorbilder, da dort die Macht von einem Unternehmen oder Unternehmenszusammenschluß ausgehen muß, Frankf. Kom. Anh. AT Z. 55.; Wirtschaftswissenschaftl. Eucken, Grundlagen S. 101 ff; Carell, aaO, S. 121; Müller-Beilschmidt, aO, MA 58, 8 ff zum Unterschied.
- ⁶⁹⁵⁾ Axster, Marktbeherrschung, Betrieb 57, 937.
- ⁶⁹⁶⁾ Bartholomeyczik im Gem.K. § 22 Rdn 64; Müller-Henneberg im Gem.K. § 1, Rdn 21.
- ⁶⁹⁷⁾ Fikentscher, aaO, S. 76.
- ⁶⁹⁸⁾ Bartholomeyczik im Gem.K. § 22, Rdn 66, 67; Borchardt-Fikentscher, aaO S. 78; Frankf. Kom. § 22, A. 34.
- ⁶⁹⁹⁾ Bartholomeyczik im Gem.K. § 22, Rdn 67; zum gleichförmigen Verhalten vgl. Benisch, Betrieb 59, 451.
- ⁷⁰⁰⁾ Bartholomeyczik Gem.K. § 22, Rdn 72.
- ⁷⁰¹⁾ Bartholomeyczik Gem.K. § 22, Rdn 108.
- ⁷⁰²⁾ § 22, 33.
- ⁷⁰³⁾ Konzerne, BB 57, 230.
- ⁷⁰⁴⁾ aaO S. 30.
- ⁷⁰⁵⁾ Beyrodt, Marktbeherrschende Stellungen, S. 53 des Manuskriptes, mit eingehenden Nachweisen aus der Entstehungsgeschichte.
- ⁷⁰⁶⁾ Für Tuchbekleidung beim Bundesverteidigungsministerium verging von der Veröffentlichung der Ausschreibung bis zur ersten Lieferung ein Jahr, FAZ 23. 9. 1959 Nr. 221.
- ⁷⁰⁷⁾ Vgl. Pribilla II B, § 9 S. 1; Michaelis, Rhösa, Preisr. § 9, S. 16 mit Lit.
- ⁷⁰⁸⁾ Diederich, aaO, S. 28/29.
- ⁷⁰⁹⁾ FAZ 23. 9. 1959 Nr. 220.
- ⁷¹⁰⁾ Bartholomeyczik im Gem.K. § 22, Rdn 75 mit weit. Lit.; Callmann, aaO, S. 50.
- ⁷¹¹⁾ Bartholomeyczik im Gem.K. § 22, Rdn 96, 80.
- ⁷¹²⁾ Vgl. von Brunn, Vertragsbedingungen, S. 51.
- ⁷¹³⁾ Strub, Beschaffungsbedingungen, S. 83 ff; die Berechtigung des Ausdrucks „Vorteil“ ist sehr zweifelhaft. Wenn man von dem Einfluß der Gesch.Bed. auf den Preis ausgeht, sind die Merkmale keine Vorteile, sondern Ergebnisse der Kalkulation.
- ⁷¹⁴⁾ Statt aller Bartholomeyczik im Gem.K. § 22, Rdn 81.
- ⁷¹⁵⁾ So Dörinkel, Mißbrauch, WuW 59, 81, 88 gegen Dichgans, WuW 58, 661; wie Dichgans auch Frankf. Kom. § 22 A. 50, 51.
- ⁷¹⁶⁾ Schütz, Mißbrauch NJW 58, 1849.
- ⁷¹⁷⁾ Bartholomeyczik § 22, Rdn 81.
- ⁷¹⁸⁾ Bartholomeyczik § 22, Rdn 82 und Vorbem. 9 vor § 22.
- ⁷¹⁹⁾ Raiser, Vertragsfreiheit, JZ 58, 1, 6.
- ⁷²⁰⁾ Krause, aaO, BB 55, 265/68; Fischer, aaO, BB 57, 481.
- ⁷²¹⁾ Bartholomeyczik im Gem.K. § 22, Rdn 82 und 99.
- ⁷²²⁾ a. A. neuerdings ohne überzeugende Begründung v. Hahn BB 59, 1279.
- ⁷²³⁾ Bartholomeyczik im Gem.K. § 22, Rdn 83; Dörinkel aaO WuW 59, 88; Rasch, GWB § 22, 10; nach Ansicht des BK ist mißbräuchlich ein Verhalten, das mit einer gegebenen Gestaltungs-

- möglichkeit, Rabattkartell, andere Wettbewerbsbeschränkungen herbeiführt, WuW BKartA 11, Widerspruch GUR Tapeten vom 4. 8. 1958.
- 724] z. B. RGZ 143, 24; RGZ 161, 76.
- 725] Bartholomeyczik im Gem.K. § 22, Rdn 81.
- 726] Bartholomeyczik im Gem.K. § 22, Rdn 80.
- 727] Vgl. oben S. 20 ff.
- 728] So auch Rasch, Öffentliches Interesse, WuW 59, 129.
- 729] Bericht zu § 61a.
- 730] Für die Verwendung polizeilicher Gesichtspunkte auch Dörinkel, aaO, WuW 59, 812; zur Bedeutung als Tatbestandselement der Bußregelung Strickrodt, Bestimmung, S. 40.
- 731] Preisrecht WuW 54, 296, bes. 301.
- 732] BVerfG NJW 59, 475; Forsthoff, aaO, Baumarkt 1959, 659, 661; und oben S. 23.
- 733] Lehrbuch, § 308,3. 193, 1.
- 734] Bartholomeyczik im Gem.K. § 22, Rdn 99.
- 735] Vgl. im einzelnen besonders Voigt, bes. S. 136 ff; RGZ 137, 57; 132, 296; 116, 28; 128, 34; BGH NJW 56, 339, Kurverwaltung; KG NJW 57, 1076 Steuerfibel m. Anm. Schneider; OLG München NJW 58, 1298, Werbefunk.
- 736] Vgl. Baumbach-Hefermehl, allg. 96, 97 mit weit. Nachweisen.
- 737] Vgl. im einzelnen Bartholomeyczik im Gem.K. § 22, Rdn 104.
- 738] Vgl. dazu von Brunn im Gem.K. § 2, Rdn 25 ff.
- 739] Vgl. Dörinkel im Gem.K. § 12, Rdn 2.
- 740] WuW EGBH 273 ff (Stadt Berlin); WuW EOLG 254, 259 OLG Celle; WuW EAG/LG 112/113 LG Köln, Fahrzeugbewachung; OLG München MA 59, 549.
- 741] Vgl. Stöver, Kontrahierungszwang, die Nachweise zur Rechtsprechung des RG aus § 826 BGB b. Bartholomeyczik im Gem.K. Vorbem. 10, 22 und Benisch im Gem.K. § 26, Rdn 47. Allgem. zum Kontrahierungszwang BGH NJW 59, 1423; zu den Einflüssen des amerikanischen Rechts und zu der volkswirtschaftl. Bedeutung der Gefahren des sich ergebenden Dirigismus Mestmäcker, Diskriminierung, WuW 57, 21 und 92.
- 742] Benisch im Gem.K. § 26, Rdn 36.
- 743] Zu den Problemen Benisch im Gem.K. § 26, Rdn 37 und 31.
- 744] Benisch im Gem.K. § 26, Rdn 47; Fikentscher, Diskriminierung, BB 58, 264.
- 745] Vgl. oben S. 36 ff.
- 746] Fikentscher, Diskrim., WuW 58, 259.
- 747] Benisch im Gem.K. § 26, Rdn 45.
- 748] Fikentscher, Diskrim. WuW 58, 263/264.
- 749] Zur Unterscheidung WuW EOLG 254, 259, OLG Celle.
- 750] Dieser Vorfall ist der Praxis entnommen.
- 751] Vgl. oben S. 36 ff.
- 752] Benisch im Gem.K. § 26, Rdn 53; für § 465 BGB Fikentscher, Diskrim. WuW 58, 265.
- 753] Benisch im Gem.K. § 35, Rdn 6 und 11.
- 754] Vgl. Entstehungsgeschichte, Benisch im Gem.K. § 26, Rdn 29.
- 755] Franzen, im Gem.K. Vorbem. 24 vor § 28.
- 756] Benisch, im Gem.K., § 27, Rdn 4.
- 757] Seite.
- 758] Franzen im Gem.K. § 28, Rdn 10.
- 759] Franzen im Gem.K. Vobem. 2 vor § 28.
- 760] Preisempfehlung, BB 59, 783.
- 761] Schwarz im Gem.K. § 16, Rdn 44.
- 762] Frankf. Kom. Einl. D T Z 41.
- 763] Daher die Kritik der Wirtschaft an den Verdingungsordnungen überhaupt, der öffentliche Auftraggeber verlange Sondervorteile, von Brunn, Vertragsbed. S. 51.
- 764] So auch Schwartz im Gem.K. § 16, Rdn 13 mit weit. Lit.

Literatur-Hinweise

- Altmann, C. H.:** Die Vertragsfreiheit in der Baupreisverordnung, Baupreis 1959, 1121 Nr. 30.
Preisdruck bei öffentlichen Aufträgen. Handelsblatt 1959 Nr. 70.
- Apelt, Willibald:** Der Verwaltungsrechtliche Vertrag, Leipzig 1926.
- Axster, Herbert:** Das Oligopol im GWB. Betrieb 1957, 937.
- Bachof, Otto:** Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaats. Veröff.VerDSiRL 12, 37 ff.
Verwaltungsakt und Innerdienstliche Weisung in „Verfassung und Verwaltung in Theorie und Wirklichkeit“, Festschrift für Laforet, München 1952.
- Ballerstedt, Kurt:** Unternehmen und Wirtschaftsverfassung. JZ 51, 487.
Kartellverbot und Einzelvertrag. JZ 56, 267.
- Bärmann, Johannes:** Typisierte Zivilrechtsordnung der Daseinsvorsorge. Band 3 der Arbeiten zur Rechtssoziologie und Rechtsgeschichte, Karlsruhe 1948.
- Bartholomeyczik, Horst:** Die Anfechtung der Stimmabgabe zum Körperschaftsbeschluß. AcP 144, 287.
Die Kunst der Gesetzesauslegung, Frankfurt/M., 1959. 2. Auflage.
Versorgungsentgelte in der Insolvenz des versorgten Abnehmers. S. 1, Festschrift für List, Baden-Baden 1957.
- Baumbach-Hefermehl:** Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht, 8. Aufl., Berlin 1960.
- Becker, Erich:** Verwaltung und Verwaltungsrechtsprechung: Veröff.VerD.Str.L. 14, 96.
- Behrens, Friedr. Steph.:** Der Wettbewerbsbegriff im GWB. NJW 58, 481.
- Benisch, Werner:** Zur Problematik eines gesetzlichen Schutzes des Leistungswettbewerbs. WuW 55, 421.
Einkaufsmacht und Kartellbegriff. WuW 56, 480.
Die Unverbindliche Abstimmung unter dem GWB. Betrieb 57, 789.
Kartellrechtliche Grenzen des Gemeinschaftsvertriebs. WuW 58, 269.
Zur Rechtslage bei Vertikalen Preisempfehlungen. WuW 59, 3.
Kartellverbot und konformes Marktverhalten. Betrieb 59, 451.
Anmerkung zum BGH-Beschluß vom 14. 1. 1960. WuW 60, 351 ff.
Einkaufsverbände und Kartellgesetz, S. 231, Festschrift für Isay, Köln 1956.
- Bergemann-Gorski, Fritz:** Das Verdingungskartell, Berlin 1931.
- Beyrodt, Arnd:** Die marktbeherrschenden Marktstellungen im GWB. Mainz. Diss. 1960.
- Biedenkopf, Kurt H.:** Freiheitliche Ordnung durch ein Kartellverbot, S. 3 in „Aktuelle Grund-satzfragen des Kartellrechts“, hrsg. von Biedenkopf-Callmann-Deringer, Heidelberg 1957.
- Böhm, Franz:** Der vollständige Wettbewerb und die Antimonopolgesetzgebung. WuW 53, 178.
Verstößt ein gesetzliches Kartellverbot gegen das GG? WuW 56, 173.
Wirtschaftsordnung und Staatsverfassung, Recht und Staat 1953/54, Tübingen 1954.
- Böhmer, Gustav:** Grundlagen der Bürgerlichen Rechtsordnung, 1. Buch, Tübingen 1950.
- Böttcher:** Das Beschaffungswesen der Deutschen Bundesbahn. S. 67 „Öffentlicher Auftrag – öffentlicher Preis“ Hannover 1958.
- Borchardt-Fikentscher:** Wettbewerb, Wettbewerbsbeschränkung, Marktbeherrschung, Heft 24 der „Abhandlungen aus dem Gesamten Handelsrecht, Bürgerlichen Recht und Konkursrecht, Beihefte der ZHR, Stuttgart 1957.
- Brecher, Fritz:** Das Unternehmen als Rechtsgegenstand, Heft 46 der „Bonner Rechtswissenschaftlichen Abhandlungen“, Bonn 1953.
- Brombach:** Staatshaushalt und Volkswirtschaftliche Gesamtrechnungen. FinArch. 17, 344.
- Brugger, Gustav:** Zur Auslegung des § 1 GWB. WuW 59, 467.
- Brunn, Johann Heinr. v.:** Das Konditionenkartell im Neuen Kartellgesetz. WuW 58, 135.
Marktbeherrschung und Marktanteil im GWB. WuW 58, 407.
Die Konditionen im GWB außerhalb § 2. BB 58, 684.
Die Formulärmäßigen Vertragsbedingungen der Deutschen Wirtschaft, 2. Aufl., Köln 1956.
Vom Kartellrecht der Römer, S. 43 in „Hedemann Festschrift“, Berlin 1958.
- Bühler, Ottmar:** Steuerrecht in 2 Bänden. Allgemeines Steuerrecht, Einzelsteuerrecht, 2. Aufl., Wiesbaden 1955/58.
- Bussmann, Kurt:** Allgemeine Deutsche Spediteurbedingungen; Handelsbrauch im Kartellrecht. WuW 55, 275.

Callmann, Rudolf: Die Bedeutung des Marktanteils im Antitrustrecht der Vereinigten Staaten in Biedenkopf-Callmann-Deringer S. 37.

Carell, Erich: Allgemeine Volkswirtschaftslehre, 8. Aufl. 1959, Heidelberg.

Clasen, Heinrich: Das mit Zivil- und öffentlichem Recht gemischte Rechtsverhältnis. DOV 59, 281.

Crome, H.: Ursachen der Kartellbildung in der Bauwirtschaft und Möglichkeiten zu ihrer Beseitigung. BB 59, 832.

Daub-Meierrose-Müller: Kommentar zur VOL. Düsseldorf 1960.

Daub, Walter: GWB und Bauwesen, Bauverwaltung 1959, 473.

VOB-Richtlinien des Bundesministers der Finanzen, Ausgabe 1953 nebst Erlassen mit Erläuterungen des Verf., 4. Aufl., Düsseldorf 1958.

Handkommentar der VPOA und LSP, Wiesbaden 1954.

Der Bundesminister für Wirtschaft: Bericht des Interministeriellen Arbeitskreises „Wettbewerb Bau“ über das Problem des Wettbewerbs bei öffentlichen Bauaufträgen. Herausgegeben im Auftrage des „Interministeriellen Arbeitsausschusses Bauwirtschaft der Bundesregierung“. Juni 1959.

Deringer, Arwed: Rationalisierungskartelle im GVB. WuW 58, 3.

Sind Preisabsprachen unzulässig, auch wenn sie nicht den Markt beeinflussen? In Biedenkopf-Callmann-Deringer S. 51.

Deutscher Bundestag: Zweite Wahlperiode.

Drucksache 462 Bundesverwaltungsrechtsordnung.

Drucksache 1158 Entwurf eines Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen. Anlage 1 und Begründung des Gesetzes.

Drucksache 1320 Anfrage wegen Anwendung der VOB.

Drucksache 1367 Beantwortung der Anfrage.

Drucksache 3644 Schriftlicher Bericht des Ausschusses für Wirtschaftspolitik (21. Ausschuß) über den Entwurf eines Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen.

Dritte Wahlperiode.

Drucksache 1000 Bericht des Bundeskartellamts über seine Tätigkeit im Jahre 1958 und Stellungnahme der Bundesregierung.

Bericht über die 82. Sitzung vom 15. 10. 1959. Konzentrationsdebatte.

Dritte Wahlperiode.

Bericht des Bundeskartellamts über seine Tätigkeit im Jahre 1959.

Deutscher Juristentag: Streitgespräch am 7. 9. 1955. Band II E der Verhandlungen des 41. DJT Berlin.

Band II H. Bericht über die Arbeit der Kommission zum Unternehmen und Unternehmensrecht.

Dichgans, Hans: Zum Begriff des Mißbrauchs im GWB. WuW 58, 650.

Diederich, Helmut: Der Kostenpreis bei öffentlichen Aufträgen. Eine wirtschaftswissenschaftliche Analyse. Forschungsinstitut für Wirtschaftspolitik an der Universität Mainz, 1959.

Dipper, H.: Preisrecht und überhöhte Scheinangebote in der Bauwirtschaft. BB 59, 835.

Dobler, Eberhard: Das marktbeherrschende Unternehmen als wirtschaftliches und rechtliches Problem. Freiburg 1956.

Dörinkel, Wolfram: Kartelle auf der Käuferseite. BB 51, 103.

Die Auswirkungen des neuen Kartellrechts auf die wirtschaftliche Praxis. WuW 57, 607.

Der Begriff des Mißbrauchs im Sinne der Kartellaufsichtsbestimmungen des GWB.

WuW 59, 81.

Duden, Konrad: Die Diskussion über das Konzernrecht. BB 57, 1230.

Dungern, Friedrich v.: Was bedeutet Staatswirtschaft heute? DVBl. 59, 225.

Dürig, Günther: Grundrechte und Zivilrechtsprechung S. 157 in „Vom Bonner Grundgesetz zur Gesamtdeutschen Verfassung“, Nawiasky Festschrift, München 1956.

Dürr, Ernst Wolfr. Friedr.: Ordoliberalismus und Sozialpolitik, Winterthur 1954.

Ebisch, Helmut: Preisbindungen der zweiten Hand bei öffentlichen Aufträgen. BB 59, 713.

Elleringmann, Rudolf: VOB und Verdingungsrecht in „Probleme der Handwerkswirtschaft“, hrsg. von Bruck und Weber, Münster 1930.

Engisch, Karl: Einführung in das juristische Denken, Stuttgart 1959, 2. Auflage.

Enneccerus-Lehmann: Recht der Schuldverhältnisse, 15. Aufl. 1958, Tübingen

- Enneccerus-Nipperdey:** Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts, 2 Bände, 15. Aufl., Tübingen 1959/60.
- Erman, Walter:** Handkommentar zum BGB, 2. Aufl., München 1958.
- Esser, Josef:** Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts. Rechtsvergleichende Beiträge zur Rechtsquellen- und Interpretationslehre, Tübingen 1956.
Lehrbuch des Schuldrechts, 1960, Karlsruhe, 2. Aufl.
§ 242 BGB und die Privatautonomie. JZ. 56, 555.
- Eucken, Walter:** Grundlagen der Nationalökonomie. 6. Aufl., 1950 Berlin.
Grundsätze der Wirtschaftspolitik, hrsg. von Edith Eucken und Paul Hensel, 1952. Bern-Tübingen.
Das ordnungspolitische Problem. ORDO I, 56.
Wettbewerbsordnung und ihre Verwirklichung. ORDO II, 17.
- Ewald, H.:** Sind Einkaufsgenossenschaften Kartelle? WuW 56, 253.
- Fikentscher, Wolfgang:** Wettbewerb und Gewerblicher Rechtsschutz. Stellung des Rechts der Wettbewerbsbeschränkungen in der Rechtsordnung. Heft 7 der Schriften des Instituts für Wirtschaftsrecht an der Universität Köln. München 1958.
Horizontale Wettbewerbsbeschränkungen und Verträge mit Dritten. BB 56, 793.
Preisunterbietung nach neuem Wettbewerbsrecht. BB 58, 201.
Zum Recht der Diskriminierungen im GWB. WuW 58, 257.
- Fischer, Robert:** Die allgemeinen Geschäfts- und Lieferungsbedingungen. BB 57, 481.
- Fleiner Fritz:** Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts, 8. Aufl. 1928, Tübingen.
- Flume, Werner:** Verbotene Preisabsprache und Einzelvertrag. WuW 56, 457.
- Forschungsgesellschaft für Staat- und Kommunalwirtschaft, Frankfurt:** Welche Erfahrungen der Betriebswirtschaft können Staat und Kommunen für die wirtschaftliche Gestaltung ihrer Verwaltung und ihrer Ausgaben übernehmen? Gemeinsame wirtschaftliche Grundregeln in privater Wirtschaft und öffentlicher Verwaltung. Gutachten im Auftrag des Bundesfinanzministers, Göttingen 1958.
- Forsthoff, Ernst:** Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates. Veröff. Ver. DStRL 12, 8.
Die Rechtsstellung des Baunternehmers gegenüber dem Staat als Auftraggeber. Bauwirtschaft 1959, 659.
Lehrbuch des Verwaltungsrechts, Band 1, Allgemeiner Teil, 7. Aufl., München 1958.
- Friedlaender, Heinr. E.:** Konzernrecht unter besonderer Berücksichtigung der amerikanischen Praxis, 2. Aufl., Berlin 1954.
Das GWB. JZ 57, 649.
- Friedmann, Wolfgang:** Anti-Monopoly-Law. Festschrift für Rabel, Bd. 1, S. 453, Tübingen 1953.
- Fricke, Werner:** Die Rolle der Kartelle in der Volkswirtschaft, Heft 6 der Veröffentlichungen des Forschungsinstituts für Wirtschaftspolitik an der Universität Mainz. Heidelberg 1956.
- Geipel, Ernst Eberhard:** Das juristische Wesen des Preisrechts für öffentliche Aufträge. Hamburg, Diss. 1958.
- Gierke, Otto v.:** Deutsches Privatrecht Bd. 1, Leipzig 1895.
- Gieseke, Paul:** Die rechtliche Bedeutung des Unternehmens. S. 105 im „Recht der Gegenwart“, Festschrift für Heymann Bd. 2, Weimar 1940.
- Gleiss, A.:** Wettbewerbsbeschränkende Empfehlungen in der Kredit- und Versicherungswirtschaft. BB 58, 431.
- Grobmann-Doerfl, Hans:** Das selbstgeschaffene Recht der Wirtschaft und Staatliches Recht, Freiburg 1933.
- Großkommentar zum Aktiengesetz,** hrsg. vo. Gadow, Heinichen u. a., 2. Aufl., Berlin 1957.
- Günther, Eberhard:** Einkaufsverbände und Kartellgesetz. MA 57, 35.
Das GWB und seine Konzeption. NJW 57, 1704.
Das neue Kartellgesetz und seine Auswirkungen auf die Unternehmer. WuW 57, 677.
Wettbewerbsfreiheit und Unternehmertum. WuW 58, 379.
Zum Wettbewerbsbegriff des § 1 GWB. MA 59, 269.
Nicht der richtige Weg. Handelsbl. 1959 Nr. 163.
- Gutowski, Arnim:** Konstruktions- und Entwicklungsaufträge. Ein Beitrag zur Beschaffungspolitik der öffentlichen Hand. Mainz 1958.

- Gutzler, Karl:** Das Gesetz der wachsenden Ausdehnung der Staatstätigkeit und seine Realisierung in Deutschland seit 1872. Bonn 1956.
- v. Hahn:** Mißbrauch markbeherrschender Stellungen. BB 59, 1279.
- Hamann, Andreas:** Rechtsstaat und Wirtschaftslenkung, Heidelberg 1953.
Deutsches Wirtschaftsverfassungsrecht, Darmstadt 1958.
Zweifelsfragen aus dem Preisrecht. WuW 54, 296
Wirtschaftsbetätigung im Rundfunk und Fernsehen. NJW 57, 1422.
- Handbuch für öffentliche Aufträge:** 5 Bände, Agenor-Verlag Frankfurt/M., Loseblattsammlung.
- Handbuch der Finanzwissenschaft:** Band 1 und 2, hrsg. von Gerloff und Neumark, Tübingen 1952/56.
- Handwörterbuch der Betriebswirtschaft:** 2. Band, hrsg. von Niklisch, 2. Auflage, Stuttgart 1939.
- Handwörterbuch der Staatswissenschaften:** 7. Band, 4. Aufl., hrsg. von Elster, Weber u. a., Tübingen 1926.
- Handwörterbuch der Sozialwissenschaften:** 9. Band, Stuttgart, Tübingen, Göttingen 1956.
- Haus, Rudolf:** Vereinbarungen von Geschäftsbedingungen zwischen den beteiligten Interessengruppen, Heft 35 der Bonner Rechtswissenschaftlichen Abhandlungen, Bonn 1936.
- Hausleiter, Otto:** Mangelhafte Verwaltungswissenschaft. Zum internationalen wirtschaftswissenschaftlichen Kongreß in Wiesbaden. DZ 1959 Nr. 136.
- Hausmann, Frederik:** Die öffentliche Hand in der Wirtschaft, München 1954.
- Hedemann, Just. Wilh.:** Der Kontrahierungszwang. Erinnerungen und Ausblick. S. 251, Nipperdey-Festschrift, München 1955.
- Hefermehl, Wolfgang:** Der Anwendungsbereich des Wettbewerbsrechts. S. 283 Nipperdey-Festschrift, München 1955.
- Hellwig, Fritz:** Die Sicherung des Leistungswettbewerbs in der Sicht der gesetzgeberischen Arbeit. WuW 59, 389.
- Hengstenberg, W.:** Verstoßen Bruttopreislisten gegene das GWB? WuW 58, 439.
- Hereth-Lehning-Petzoldt:** Baupreis VO, Kommentar, München 1957.
- Hereth-Ludwig-Naschold:** Kommentar zur VOB, Wiesbaden 1953/54.
- Hereth-Naschold:** Kommentar zur VOB/A, 2. Auflage, Düsseldorf 1960.
- Herle, Rudolf:** Die besondere Verantwortlichkeit von Verwaltungsträgern im Hinblick auf öffentliche Unternehmen. Mainz 1953.
- Hippel, Fritz v.:** Zum Aufbau und Sinnwandel unseres Privatrechts. Recht und Staat 195/196, Tübingen 1957.
- Huber, Ernst Rudolf:** Das Empfehlungsverbot. Eine kartellrechtliche Studie. Stuttgart 1959.
Wirtschaftsverwaltungsrecht, Band 1. und 2, Tübingen 1953/54.
- Hubmann, Heinrich:** Das Recht am Unternehmen. ZHR 117-, 41. ch ch ch ch ch
- Hueck, Alfred:** Normenverträge. Iher Jb. 73, 33.
- Hueck, Götz:** Der Grundsatz der gleichmäßigen Behandlung im Privatrecht. Heft 8 der Schriften des Instituts für Wirtschaftsrecht an der Universität Köln, München 1958.
- Hueck-Nipperdey:** Lehrbuch des Arbeitsrechts, 6. Aufl., Berlin 1959.
- Isay, Rudolf:** Geschichte der Kartellgesetzgebung. Berlin 1955.
- Ipsen, Hans Peter:** Öffentliche Subventionen Privater. Köln 1956.
- Jellinek, Georg:** Allgemeine Staatslehre, 3. Aufl., 6. Neudruck, Darmstadt 1959.
- Jellinek, Walter:** Verwaltungsrecht, 3. Aufl., Offenburg 1931 (1948).
- Jeschek, Hans-Heinrich:** Das deutsche Wirtschaftsstrafrecht. JZ. 59, 457.
- Jöhr, Walter Adolf:** Theoretische Grundlagen der Wirtschaftspolitik, Band 1, St. Gallen 1943.
- Kaufmann-Rautmann-Strickrodt:** Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Frankfurter Kommentar, Köln 1958, Loseblatt.
- Kirsch, Wilhelm:** Das deutsche Verdingungswesen, Stuttgart 1936.
- Kirschstein-Segelmann:** Rationalisierungskartelle und Syndikate. Düsseldorf 1960.
- Köderitz, Erich:** Die allgemeinen Geschäftsbedingungen im deutschen Bauwesen unter besonderer Berücksichtigung der Verdingungsordnung für Bauleistungen. Würzburg. Diss. 1955.
VOB als Verkehrssitte. Bauwirtschaft 1956, 1024.
- Köhler, Herbert W.:** Betrieb u. Unternehmen in wirtschaftsverfassungsrechtlicher Sicht. JZ 53, 713.
- Köttgen, Arnold:** Besprechung der Schrift Molitors „Vom öffentlichen und privaten Recht“ AcP 151, 167 ff.

- Krahe, Friedrich:** Kartellbegriff und Rechtssicherheit. WuW 59, 615.
- Krause, Hermann:** Die allgemeinen Geschäfts- und Lieferungsbedingungen. BB 55, 265.
Unternehmer und Unternehmung. Betrachtungen zur Rechtsgrundlage des Unternehmertums. Mannheim 1954.
- Krüger Herbert:** Rechtsverordnung und Verwaltungsanweisung. S. 211 in „Rechtsprobleme in Staat und Kirche“. Festschrift für Smend, Göttingen 1952.
- Kruming, Hans:** Öffentliche Darlehn und Bürgschaften. Freiburg. Diss. 1955.
- Langen, Eugen:** Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen. 3. Aufl., Berlin 1958.
- Larenz, Karl:** Die Begründung von Schuldverhältnissen durch sozialtypisches Verhalten. NJW 56, 1897.
- Laufke, Franz:** Vertragsfreiheit und Grundgesetz. S. 145 in Band 1 „Das deutsche Privatrecht in der Mitte des 20. Jahrhunderts“. Festschrift für Lehmann, Berlin-Tübingen 1956.
- Lehmann, Heinrich:** Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 11. Auflage, Berlin 1958.
Faktische Vertragsverhältnisse. NJW 58, 1.
- Lehmann-Fischer:** Das Kartellgesetz. Berlin 1924.
- Lehmann, Oswald:** Die Wettbewerbsbeschränkung. Köln 1956.
- Leo, Hans Christof:** Zum Begriff der Schutzvorschrift in § 35 GWB. WuW 59, 485.
- Lieberknecht, Otfried:** Darf ein Zusammenschluß von Verbänden Geschäftsbedingungen empfehlen? MA 58, 231.
- Liefmann, Robert:** Unternehmungsformen. Stuttgart 1928.
- Löw, Konrad:** Die Fiskalgeltung der Grundrechte. DOV 57, 879.
- Lukes, Rudolf:** Der Kartellvertrag. Das Kartell als Vertrag mit Außenwirkungen. Heft 9 der Schriften des Inst. f. Wirtschaftsrecht an der Univ. Köln. München 1959.
- Lutz, Friedrich A.:** Bemerkungen zum Monopolproblem. ORDO VIII, 19.
- Lutz Hans:** Dürfen Wiederverkaufspreise durch ein Einzelunternehmen empfohlen werden? NJW 58, 128.
Das GWB. NJW 57, 1297.
- Mann, Fritz Karl:** Staatswirtschaftslehre unserer Zeit. FinArch. 15, 212.
- Maunz-Dürig:** Grundgesetz, Kommentar, Loseblatt. 1959.
- Maunz, Theodor:** Rechtsprobleme im Energiewirtschaftsrecht. Gutachten Heidelberg 1958.
Deutsches Staatsrecht, 9. Aufl., München 1959.
- Mayer, Otto:** Deutsches Verwaltungsrecht, 2 Bände, 3. Auflage, München und Leipzig 1924.
- Mayer-Wegelin, Heinz:** Die Empfehlung i. S. § 38, Abs. 2 GWB. Betrieb 58, 187.
- Mayer-Wegelin:** Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Frankfurt 1958.
- Meeske, Helmut:** Die Unterwerfung unter allgemeine Geschäftsbedingungen. BB. 59, 857.
- Mehl, Hans Otto:** Handelsbrüche des § 346 HGB in kartellrechtlicher Sicht. Mainz. Diss. 1954.
- Meierrose, Rudolf:** Das GWB und die Deutsche Bundespost. Postarch. 1957, 925.
- Menger, Christian Friedr.:** Höchststrichterliche Rechtsprechung zum Verwaltungsrecht. VerwArch 49, 279.
- Mestmäcker, Ernst Joachim:** Diskriminierungen, Dirigismus und Wettbewerb. WuW 57, 21 und 92.
- Mestmäcker, Ernst Joachim:** Diskriminierungen, Dirigismus und Wettbewerb. WuW 57, 21 und 92.
Das marktbeherrschende Unternehmen im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, Heft 2 der „Vorträge und Aufsätze des Walter-Euckens-Instituts“. Tübingen 1959.
- Meyer-Cording, Ulrich:** Monopol und Marktherrschaft als Rechtsprobleme. Tübingen 1954.
Wettbewerbsbeschränkung durch Empfehlungen. NJW 53, 565.
- Michaelis-Rhösa:** Preisrecht, Stuttgart 1954.
- Miksch, Leonhard:** Wettbewerb als Aufgabe. 2. Aufl. Godesberg 1947.
Zur Theorie des Gleichgewichts. ORDO VII, 75.
- Möhring, Philipp:** Wettbewerbsordnung und Kartellrecht. WuW 54, 387.
- Molitor, Erich:** Über Öffentliches Recht und Privatrecht. Karlsruhe 1949.
- Mueller, Rudolf:** Anwendbarkeit von § 134 BGB im Kartellrecht. JZ 54, 720.
- Müller-Beilschmidt, Klaus:** Wesentlicher Wettbewerb im Kartellgesetz. MA 58, 6.
- Müller-Henneberg-Schwartz:** Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Gemeinschaftskommen-tar, Köln 1958.
- Nawiasky, Hans:** Allgemeine Staatslehre, 2. Band, 2. Teil. Zürich 1955.
- Neumann, Erwin:** Ansprüche auf Konzernrabatte und Kartellrecht. WuW 57, 562.

- Neumeyer, Frederik:** Monopolkontrolle in USA. Berlin 1953.
- Nipperdey, Hans Carl:** Die soziale Marktwirtschaft in der Verfassung der Bundesrepublik. WuW 54, 211.
- Nöll v. d. Nahmer, Robert:** Die wirtschaftliche Betätigung vom Reich und Preußen. Pr.Verw.Bl. 1926, 499.
- Obermayer, Klaus:** Urteilsanmerkung in NJW 59, 115.
- Paulsen, Andreas:** Der Staat und die Wirtschaftsfunktionen. FinArch 11, 415.
- Pinder, Wolfgang:** Dürfen Wiederverkaufspreise durch ein Einzelunternehmen empfohlen werden? NJW 58, 579.
- Plückebaum-Malitzky:** Umsatzsteuergesetz, 8. Aufl., Köln 1958.
- Pribilla, Max E.:** Das Recht der Preisbildung bei Öffentlichen Aufträgen, Kommentar zur VPOA und LSP, München 1954, Loseblatt.
- Radbruch, Gustav:** Rechtsphilosophie 4. Aufl. Stuttgart 1950.
- Raiser, Ludwig:** Das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen. Hamburg 1935.
Die Geltung des Gleichheitssatzes im Privatrecht. ZHR 111, 75.
Vertragsfreiheit heute. JZ 58, 1.
- Rasch, Harold:** Der Begriff des Oligopols im Kartellgesetzentwurf. WuW 56, 3.
Kartellgesetz und Baupreisrecht. Zum Begriff des öffentlichen Interesses in § 81 Abs. 2 GWB. WuW 59, 129.
- Reimann, Günter:** Können Empfehlungen kartellgleicher Wirkung auf dem Wege der Anmeldung bei der Kartellbehörde vom gesetzlichen Verbot freigestellt werden? BB 58, 178.
- Rittner, Fritz:** Die Ausschließlichkeitsbedingungen nach dem GWB. Betrieb 1957, 1091.
Die Ausschließlichkeitsbindungen in Dogmatischer und Rechtspolitischer Betrachtung. Düsseldorf 1957.
- Röper, Burghardt:** Die Konkurrenz und ihre Fehlentwicklungen. Heft 6 der Volkswirtschaftlichen Schriften. Berlin 1952.
- Röpke, Wilhelm:** Jenseits von Angebot und Nachfrage. Erlenbach, Zürich 1958.
- Rüstow, Alexander:** Zwischen Kapitalismus und Kommunismus. ORDO II, 101.
- Rumpf, Helmut:** Verwaltung und Verwaltungsrechtsprechung. VeröffVerDStRL 14, 137.
- Samuelson, P. A.:** Volkswirtschaftslehre, 2. Aufl., Köln, 1955.
- Schilken, Klaus:** Rechtsgrundlagen für die Beschaffung der Bundeswehr. BB 59, 385.
- Schlegelberger:** Kommentar zum HGB, 3. Aufl., Band 1, Berlin 1955.
- Schleswig-Holsteinischer Landtag:** 3. Wahlperiode.
Stenographischer Bericht über die 32. Tagung, 85. Sitzung, am Mittwoch, dem 5. März 1958, in Kiel. S. 3580.
- Schlitt, Adalbert:** Wesen und Bedeutungswandel der Kartellaufsicht. Mainz. Diss. 1958.
- Schmidt, Kurt:** Wirtschaftsordnung und öffentliche Mittelverwendung. ORDO VIII, 173.
- Schmitt, Carl:** Verfassungslehre, 3. Aufl., Berlin 1957.
- Schmitz, Werner G.:** Das GWB und seine Konzeption. NJW 57, 1704.
- Schneider, Erich:** Einführung in die Wirtschaftstheorie, Band 1, 2. Aufl., München 1953.
- Schnettler, Albert:** Öffentliche Betriebe. Essen 1956.
- Schöne, Ludwig:** Privatrecht und öffentliches Recht. Geschichte, Inhalt und Bedeutungswandel eines juristischen Grundbegriffs. Freiburg. Diss. 1955.
- Schütz, Walter:** Mißbrauch von Machtstellungen. NJW 58, 1849.
- Schwartz, Gustav:** Meinungsstreit um die Empfehlung von Wiederverkaufspreisen. MA 58, 505.
- Schwenck, Edmund H.:** Die rule of reason und die „per-se-Regel“ im amerikanischen Antitrust-recht. WuW 57, 339.
Wechselwirkung vom Kartellverbot und Einzelvertrag. WuW 58, 326.
- Seydel, Helmut:** Empfehlungen nach dem GWB. WRP 1957, 254.
- Siebert, Wolfgang:** Privatrecht im Bereich öffentlicher Verwaltung. Zur Abgrenzung und Verflechtung von Öffentlichem und Privaten Recht. S. 215 Niedermeyer-Festschrift Göttingen 1953.
- Simitis, Spiros:** Die Faktischen Vertragsverhältnisse als Ausdruck der gewandelten Sozialen Funktionen des Privatrechts. Frankfurt 1957.
- Sölter, Arno:** Nachfragemacht und Wettbewerbsordnung. Düsseldorf 1960.
- Spengler, Albrecht:** Über die Tatbestandsmäßigkeit und Rechtswidrigkeit von Wettbewerbsbeschränkungen. WuW-Schriftenreihe. Düsseldorf 1960.

- Selbsthilfe der Wirtschaft gegen Schleuderkonkurrenz. MA 56, 331.
- Spohn, Karl:** Der ökonomische Charakter der „Öffentlichen Unternehmung“. FinArch 1950, 300.
- Statistisches Bundesamt:** Statistisches Jahrbuch für die Bundesrepublik Deutschland 1959, Stuttgart 1959.
- Die staatlichen Finanzen im Rechnungsjahr 1956. Statistik der Bundesrepublik Deutschland, Band 216. Stuttgart 1959.
- Die kommunalen Finanzen im Rechnungsjahr 1956. Statistik der Bundesrepublik Deutschland, Band 217. Stuttgart 1959.
- Staudinger, Julius v.:** Kommentar zum BGB, 11. Aufl., Band I, Coing, 1957; Band II, 3. Teil, Riedel, 1958, Berlin.
- Steindorff, Ernst:** Direktverkauf und Preisempfehlung. JZ 59, 197.
- Stern, Wolfgang:** Zur Grundlegung einer Lehre des öffentlichen Vertrages. VerwArch 49, 106.
- Stöver, Klaus H.:** Der Kontrahierungszwang im Lichte des Entwurfs eines Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen. Hamburg. Diss. 1955.
- Strickrodt, Georg:** Die verfassungsrechtliche Eigentumsgewährleistung im Antimonopolrecht. NJW 56, 809.
- Liefer- und Leistungsverträge unter den Wirkungen des Kartellverbotes. WuW 57, 75.
- Die Tragweite des Kartellverbots. Betrieb 58, 15.
- Kritische Bestimmung der Wettbewerbsposition im GWB. Düsseldorf 1960.
- Strub:** Beschaffungsbedingungen der Öffentlichen Auftraggeber und Industrielle Lieferungsbedingungen S. 83 in „Öffentlicher Auftrag – Öffentlicher Preis“. Hannover 1958.
- Stumpp, Wolf Dieter:** Der Gestaltungswandel der Unternehmung. Freiburg. Diss. 1955.
- Tautscher, Anton:** Die Öffentliche Wirtschaft. Berlin 1953.
- Torz, Robert:** Die privatwirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand und das GG. DOV 58, 205.
- Tuhr, Andreas v.:** Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, 3 Bände, Neudruck 1958.
- Turegg, Kurt Egon v.:** Lehrbuch des Verwaltungsrechts, 3. Aufl., Berlin 1956.
- Veit, Otto:** ORDO und Ordnung. Versuch einer Synthese. ORDO V, 3.
- Vershofen, Wilhelm:** Wettbewerb als System der Gegenkräfte. Gutachten veröffentlicht vom Bundesverband der Deutschen Industrie, Drucksache 32. Köln 1955.
- Vialon, Friedrich Carl:** Haushaltsrecht, Kommentar zur RHO, 2. Aufl., Berlin 1959.
- Viehweg, Theodor:** Topik und Jurispudenz, München 1953.
- Völpl, Helmut:** Der Kartellsenat des BGH und seine zweite Entscheidung zum Empfehlungsverbot. WPR 60, 115.
- Vogel, Klaus:** Kartellrecht und Handelspolicy. JZ 58, 111.
- Voigt, Wolfram:** Der Wettbewerb der öffentlichen Hand und seine privatrechtliche Beurteilung. Köln. Diss. 1956.
- Voss:** Probleme der VOB. S. 93 in „Probleme der Handwerkswirtschaft“. Münster 1930.
- Wahl, Eduard:** Privatrecht und öffentliches Recht. SJZ 46, 27.
- Welter, Erich:** Der Staat als Kunde. Öffentliche Aufträge in der Wirtschaftsordnung. Erscheint als Band 8 der Veröffentlichungen des Forschungsinstituts für Wirtschaftspolitik an der Universität Mainz.
- Frischer Wind durch Submissionen. FAZ 1956 Nr. 60.
- Westermann, Harry:** Einkaufszusammenschlüsse und Kartellgesetzentwurf. Karlsruhe 1956.
- Werner-Verlag Düsseldorf:** VOL. Mit Anhang verschiedener Richtlinien. Ausgabe 1959.
- Wieacker, Franz:** Das Sozialmodell der klassischen Privatrechtsgüter und die Entwicklung der modernen Gesellschaft. Schriftenreihe der Juristischen Studiengesellschaft Karlsruhe. Heft 13, 1952.
- Wirz:** Die Gestaltung der Preise im Wettbewerb in „Öffentlicher Auftrag – Öffentlicher Preis“ S. 49. Hannover 1958.
- Wolff, Hans Jürgen:** Der Unterschied zwischen öffentlichem und privatem Recht. AÖR 76, 205.
- Wolff, Hans Julius:** Verwaltungsrecht, 3. Aufl., Berlin 1959.
- Würdinger, Hans:** Freiheit der persönlichen Entfaltung im Kartell- und Wettbewerbsrecht. WuW 53, 721.
- Kartellrechtliche Beurteilung von Empfehlungen in der Versicherungswirtschaft. WuW 58, 503.
- Zeidler, Gottfried:** Der Konzernrabatt. WuW 59, 621.

Lebenslauf

Am 26. Januar 1935 wurde ich als Sohn des Diplomkaufmanns Kurt Mees und seiner Ehefrau Erna geb. Hillebrand in Mainz geboren.

Nach Besuch der Volksschule und des humanistischen Gymnasiums bestand ich am 20. März 1955 die Reifeprüfung an der Diltthey-Schule, Wiesbaden.

Rechtswissenschaft studierte ich an den Universitäten Frankfurt/Main, München und Mainz/Rhein.

Die erste juristische Staatsprüfung bestand ich am 7. April 1959 in Mainz.

